

Printzipioen eremua*

DWORKIN, Ronald



Ronald Dworkin (1931-), Ameriketako Estatu Batuetako juristik ezagunenetakoa da. Harvard eta Oxfordeko Unibertsitateetan egin zituen ikasketak, eta Learned Hand epaile ospetsuaren laguntzaile lanetan ibili zen lanean. 1969an, H.L.A. Hartek utzitako lekua hartu zuen Oxfordeko Unibertsitatean. New Yorkeko Unibertsitatean katedraduna da. Liburu eta artikulua ezagun asko idatzi ditu Dworkinek, besteak beste *Taking Rights Seriously* (1977), *A Matter of Principle* (1985), *Law's Empire* (1986), *Philosophical Issues in Senile Dementia* (1987), *A Bill of Rights for Britain* (1990), *Life's Dominion* (1993) eta *Freedom's Law* (1996).

Bi ideia oker

Konstituzioa, Amerikar Estatu Batuetako funtsezko legea da, eta epaileek legea betearazi behar dute. Esaldi xume eta irmo honetan oinarrituz sortu zuen John Marshall-ek legegintzaren berrikuspen judizialaren instituzioa¹, Zuzenbide amerikarra harrotasun eta misterioz inguratzen duena. Zergatik den misterioa? Jende guztiak daki Konstituzioak Kongresuari eta Estatu legegileei debekatu egiten diela zenbait arau mota sortzea, baina ez Auzitegi Goreneko epaileak, ez Konstituzio Zuzenbidean adituak, ez hiritar arruntak, ez dira debekatzen dena zehazki zer den zehazterakoan bat etortzeko gai. Desadostasuna, gainera, are handiagoa izan ohi da araua politikoki polemikoa eta zatikatzaila denean. Auzitegi Goreneko epaileek nazioaren jardura politikoaren gain beto eskubidea daukatela dirudi, debekatu egiten baitute desagokitzat jotzen dituzten erabakiak hartzea. Nola uztar liteke hau, baina, demokraziako printzipioekin? Ba al da Marshall-ek sendotu zuen botere judiziala baztertzera derrigortzen ez duen irtenbiderik? Izan ere, botere hori hain dago errotuta gure sistema konstituzionalean, larriagoa izango litzatekeela berau ezabatzea –itxaropen guztiak zapuztuko bailituzke–, orain arte bezala jarraitzea baino. Bai demokrazia, bai oinarritzko Zuzenbide zahar zehazgabea, funtsezkoak dira gure ohituretan, baina bien arteko kontraesanean harrapatuta gaudela dirudi. Zer egin?

Egongo da irtenbideren bat. Hala nola, arazo konstituzionalak konpon-tzen lagunduko lukeen sistema apolitiko bat sortzea; esate baterako, epaileei gutxieneko soldata finkatzen edota abortua debekatzen duten arauak Konstituzioarekin bat ote datozen erabakitzen lagunduko liekeena²; ez da beharrezkoa izango gutxieneko soldata finkatzen duten arauak zuzenak diren edo ez adieraztea, edota abortua debekatzen duten legeek funtsezko eskubide moral edo politikoak urratzen ote dituzten. Baina, nola ebatzi ahal izango dituzte epaileek halako kasuak apolitikoki, testu konstituzionala bera garbia ez baldin bada? Bi ideia garrantzitsu dauzkagu aurrean. Bata ezaguna izan da luzaroan, eta, bere interesa zaharkitu eta ahuldu egin den arren, jarraitzaile sutsuen belaunaldi berri bat bereganatzeko gai izan da: Konstituzioaren asmoa da, sarritan “jatorrizko” asmoa nahiz Konstituzioaren “Egileen” asmoa deitua. Demagun epaileek badutela Egile horien iritzian Konstituzioko xedapen zehazgabeak nola interpretatu beharko liratekeen jakiteko modurik. Epaileak, jatorrizko asmo horri jarraituz gero, ez lirateke xedapenen edukia aztertzen arituko, beste batzuek aspaldi egindako aukerak indartzen baizik; gizarteak, Konstituzioa berretsi eta onartzean, autoritatez hornitu dituen auke-rak alegia.

* DWORKIN, Ronald. “Printzipioen eremua”, In: *Eleria. Euskal Herriko Legelarien Aldizkaria*, 6. zkia. Donostia: Eusko Ikaskuntza, 2000; 121-147 or. Itzultzailea: Koro Garmendia (Iturria: “The Forum of Principle” (The Political Basis of Law) laneko 2. atala). In: *New York University Law Review*, 56. zkia., 1981)

1. *Marbury v. Madison*, 5 US 137, 173-179 (1803)
2. Ikus *West Coast Hotel Co. v. Parrish*, 300 US 379 (1937) (Emakumeentzako Gutxieneko Soldata Aurreikusten zuen Washingtoneko Legea), *Adkins v. Children's Hospital* deuseztatzen duena, 261, US 525 (1923). Ikus *Roe v. Wade*, 410 US 113 (1973) (Texasko Abortuaren Legea inkonstituzionala deklaratzeko duena).

Bigarren ideiak ere historia luzea dauka, baina zentzu eta norabide berriak hartu ditu Harlan Stone epaileak orri oin batean idatzitakoaren ondorioz, eta, gaur egun, John Ely-ren liburu interesgarri batean eraberrituta azaltzen da³. Estrategia hau ez da jatorrizko asmoaren ideian oinarritzen, baizik eta edukiaren (funtza) eta prozeduraren (forma) arteko bereizketa zorrotzean. Suposa dezagun arauak sortzeko jarraitutako prozedura zuzena izan ote den aztertzeko ardura hartzen dutela epaileek beren gain, ez legegileek onartutako arauen edukia zuzena edo justiziazkoa ote den berrikustekoa. Epaile zentzu-dunei, agian, ez zaie egokia irudituko jarraitu den prozedura, baina, behintzat, ez dira arauen edukiaren eremuan sartuko egokitasun hori aztertzeko. Edonola ere, berrikuspen judizialak prozedura politikoa demokratikoa izan ote den besterik ez du kontrolatzen; ez dauka bere aurka jotzeko inolako asmorik, legearen edukiaren inguruko berrikuspen batek egingo lukeen bezala.

Hona hemen eremu konstituzionaleko arauen edukia ukitu ere ez egiteko bi modu. Baina, nire ustez, desegokiak dira modu bata zein bestea, eta arrazoi berberagatik gainera: epaileek ez daukate jakiterik Konstituzioaren Egileen asmoa zein zen, eta ezta prozedura politiko zuzen edo demokratikoa zein den ere, aurrez ez badute legearen edukiari buruzko erabakirik hartzen. Eta aipaturiko bi estrategien aldekoek ez dituzte erabaki hauek hartzen. Okerrak dira asmoari eta prozedurari buruzko ideiak, prozeduraren mozorroa ipintzen dietelako legearen edukiari buruzko erabakiei, eta edukia ukitu ere egin ez dutenaren itxura egiten dute.

Asmoak

Idea hauek aurkezten hasi baino lehen, ohar bat luzatu beharra daukat, nahasketak ekiditeko. Jada normala bihurtu da berrikuspen judizialari buruzko teoria “interpretatzaile” eta “ez interpretatzaileen” artean bereiztea⁴. Teoria interpretatzaileek diote arauen berrikuspen judizialak Konstituzioaren interpretazioan oinarritu behar duela, dela Konstituzioa bera aztertuz, dela “Egileen” asmoa zein zen zehaztuz, dela biak uztartuz. Teoria ez interpretatzaileen arabera, berriz, Auzitegiak, batzuetan behintzat, beste iturri batzuetara jo dezake bere erabakiak oinarritzeko, hala nola herritarren moralitatera, justiziaren teoria ezagunetara, edo egiazko demokraziaren teoriaren batera⁵.

Bi teoria hauen arteko bereizketak, berrikuspen judizialari buruzko teoriak sailkatzeko balio du, eta baita teoria hauek oinarritzeko ere. Konstituzionalistek diote teoria ez interpretatzaile bat bera ere ez dela demokraziarekin bateragarria⁶, teoria horiek Zuzenbide Naturalaren doktrinaren mailan gelditu beharko luketela, eta, beraz, baztertu egin behar direla⁷. Eta teoria ez interpretatzaileek ezin dituztela ia jende guztiaren ustez zuzen edo egokiak diren Auzitegi Gorenaren erabakiak sostengatu; adibidez, hezkuntzaren arloan arrazagatik segregatzea inkonstituzionala dela dioen erabakia⁸. Bide honek erabat baztertzen ditu teoria konstituzionalak.

Normala da eskema sailkatzaileak bilatu nahi izatea, baina eskema hau eskas samarra; izan ere, berrikuspen judizialari buruzko teoria guztiak interpretatzaileak dira, Konstituzioa jatorrizko dokumentu juridikoa dela interpretatzera garamatzatelako, eta, aldi berean, Konstituzioa gure jarduera konstituzional eta juridikoetan barneratzera. Inork ez du berrikuspen judiziala paper zuri bat bailitzan proposatzen. Gure tradizio konstituzionala oro har “nora iritsi den” zehaztu nahi du teoria bakoitzak, gure historia juridikoan

3. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 US 144, 152 (1958). ELY, John. *Democracy and Distrust*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1981.
4. Ikus, adibidez, GREY, Thomas. “Do We Have An Unwritten Constitution?”, In: *27 Stanford Law Review* 703, 1975; PERRY, Michael J. “Interpretivism, Freedom of Expression, and Equal Protection”, In: *Ohio State Law Journal*, 42, 1981; 261, 263-265 orr. BREST. “The Misconceived Quest For The Original Understanding”, In: *Boston University Law Review*, 60, 1980; 204-205 orr.
5. Ikus ELY, 3. orri oina.
6. Ikus, adibidez, BERGER, Raoul. “Ely’s Theory of Judicial Review”, In: *Ohio State Library Journal*, 42, 1981; 87, 120-121 orr.; BORK, Robert J. “Neutral Principles and Some First Amendment Problems”, In: *Indiana Law Journal*, 47, 1971; 1, 6 orr.
7. Ikus BERGER, Raoul. *Government by Judiciary*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; 249-258, 387-396 orr. PERRY, “Interpretivism”, 4. orri oina.
8. Ikus GREY, 4. orri oina; PERRY, “Interpretivism”, 4. orri oina; SANDALOW, Terrence. “Judicial Protection of Minorities”, In: *Michigan Law Review*, 75, 1977; 1162, 1179-1181 orr. *Brown v. Board of Education*, 347 US 483 (1954); *Bolling v. Sharpe*, 347 US 497 (1954).

garatu den sistema konstituzionalaren “funts” edo “justifikaziorik onena” zein den adierazi, Konstituzioa jatorrizko testu gisa interpretatzeko modurik onenari buruzko ikuskera partikular bat eman. Horregatik, argigarria baino gehiago, nahasgarria da Konstituzioa eta gure sistema konstituzionala interpretatzearen aldeko eta aurkako teoriak bereizten aritzea.

Bestalde, erabat interpretatzaileak dira orokorrean “ez interpretatzailetzat” jotzen diren teoriak, hau da, Konstituzioarekiko independente bezala agertzen direnak, ez baitituzte baztertzen ez Konstituzioa, ezta Konstituzioa sortu zutenek zeuzkaten motibazioak. Funtsean, beren burua lekutu besterik ez dute egin nahi. Teoria “ez interpretatzaileek” diotena da gure gizarteak arauak jasotzen dituen testua errespetatzeko konpromisoa daukala –motibazio batzuek bultzatuta bozkatu dituen arauak–, arau horiek bozkatu aurretik justizia politikoko zenbait printzipio errespetatzeko konpromisoa hartuta zeukalako, eta, arduraz jokatu nahi badu, beti izan beharko dituela kontuan Konstituzioa irakurri eta aplikatzeko orduan. Zurian dagoen paperaren antitesia litzateke hau, interpretatzeko metodoaren paradigma bat. Ez ditu baztertzen ez testu konstituzionala, ez eta Egileen jatorrizko asmoak ere; horren ordez, lehenengoa definituko duen eta bigarrena zehaztuko dituen teoria bat proposatzen du.

Izan ere, gehienetan “interpretatzailetzat” jotzen diren teoriak –Konstituzioari fidel-tasun osoz atxikita daudenak– ez interpretatzaileak izan daitezke, nahiko arreta txikia eskaintzen dietelako Konstituzioaren inguruan sortzen diren itaunei: zergatik existitzen den Konstituzioa, zergatik den oinarritzko araua, etab. Konstituzioaren altzoan bizi –eta hiltzen– direla dirudi, eta ez daukatela “testuaren” baitan jasota ez dagoen ezeren beharrik. Irudi hori, baina, engainagarria da, “testuari atxikita” dauden teorialarien ustez handia delako “ez interpretatzaileekiko” daukaten aldea. Beren iritzian, Auzitegi Gorenak berrikuspen judiziala egin beharko lukeen moduaren inguruko proposamen zuzena euren da, eta beren aurkariak dira oker dabilzanak. Horregatik, argudioak behar dituzte beren teoria defendatzeko; behintzat ondo etorriko litzazkieke. Dena den, argudioak ezin dira besterik gabe testutik atera; zentzugabea litzateke. Argudioak Moralitate politikotik atera behar dira, eta praktika konstituzionalaren zentzu orokorra sinbolizatu behar dute.

Merezi du puntu honekin jarraitzea, oso ezaguna baita teoria interpretatzaile eta ez interpretatzaileen arteko bereizketa. Irtenbideren bat aurkitu ahal izateko, zera galdezten has gintezke: zergatik dago testuari lotzen zaion teorialari bat gorroto duena islatzen duen adibidearen aurka? Demagun Auzitegiak Senatua ilegala dela erabakitzen duela, ez delako ordezkatzailerik, eta, beraz, ez datorrelako bat Konstituzioa legitimatzeko derri-gor existitu behar duten printzipio demokratikoekin. Zein teoria erabiliko du testuari atxikitako teorialariak erabaki horren aurka? Esan dezake gizarteak ez lukeela halako erabaki bat onartuko, baina hori ez dago erabat garbi, eta, edonola ere, azkenean erabakia –nahiz eta marmarrean– onartuko balitz, bere ustez okerra izango litzateke. Zergatik ordea?

“Testuzale” batek ezin du besterik gabe esan Konstituzioa idatzi, berretsi eta onartu zutenen asmoa Konstituzioa arau guztien artean gorena izatea zenik, eta are gutxiago Konstituzioak hala agintzen duenik. Hemen Konstituzioaren indarra da eztabaidagai, eta beraz, zenbatekoa den ideia hori oinarritzeko eman daitezkeen argudioen pisua. Baina has gaitezen hasieratik. Pertsona batzuek, Philadelphian bildu eta testu bat idatzi zuten, eta gizarteak, testuan bertan finkatutako prozedurei jarraiki, onartu egin zuen; gerora ere, prozedura berberaren arabera onartu dute. Beraz, testu hori arau bihurtu da, testuan bertan jasotako printzipio moral politikoak onartzen direlako. Printzipio hauek, ordea, muga batzuk ere ezar ditzakete. Hala ere, ondorio horretara iritsi baino lehen, printzipio horiek definitzen hasi beharko genuke. Horretarako, teoria politikora jo behar dugu nahitaez, honek adieraziko digulako zergatik eman behar zaion lege indarra Konstituzioari. Teoria politiko txalogarri batzuek, Konstituzioa nolabait mugatu egin beharko litzatekeela argudiatzen dute behintzat.

Demagun Gobernuak legezkota izateko hiritarren onespina jaso behar duela dioen teoria politikora jotzen duela testuzaleak. Oso teoria anbigua da; Senatua legez kanpotzat jotzen duen erabaki hipotetikoa ere bertan justifika liteke. Erabaki horren aldekoek esan dezakete, adibidez, onespina horrek gaur egun emana eta jatorrizko berrespen pro-

zesuan jasotakoak baino zabalagoa izan behar duela, eta ez dagoela batere argi Senatuak horrelako onespenerik jaso ote duen. Argudio hauek ez lirateke batere burugabeak izango. Beraz, erabakia zentzugabea dela argudiatzeko, ezin dugu hiritarren onspenerari buruzko argudioa burugabea denik esan.

Teoria politikora beharrean, Zuzenbidearen kontzeptura jo beharko al luke “Konstituzioaren” abokatuak? Gaur egun, Zuzenbidearen teoria filosofiko batek berak ere ez du beharrezkoa den argudiorik ematen. Ezta teoria positibistek ere, hasiera batean egokienak diruditen arren. Ez eta Bentham nahiz Austin-en teoria positibistek ere. Kelsen-en teoriak ere ez⁹. Auzitegiaren erabakia onartuko balitz, Auzitegia subiranoa dela adieraziko luke. Hart-en ikuspegi positibistak itxaropentsuagoa dirudi¹⁰, baina, bere teoriaren arabera, Konstituzioari berrespen prozedura amaitutakoan eman zitzaionez Zuzenbide indarra, Konstituzioari halako indarra emango zion arau multzoren batek egon behar zuen aurrez –prozedurari buruz ahobatasunez onartutako teoria batek, legegintzako emaitzak Zuzenbide bihurtzen dituena–. Baina arau horiek erabaki hipotetikoak erabiltzen zituenak dira, hain zuzen ere: Zuzenbidearenak.

Aldentzen ari naiz azaldu nahi dudana ideiatik. Testuari atxikitako teorialariak printzipio politikoen multzora jotzen baldin badu Konstituzioaren “testuan” daukan konfiantza justifikatzeko –tradizio amerikarrean errotuta dauden printzipioetara, adibidez–, interpretatzailea bihurtzen da bere teoria. Baina gauza bera gertatuko zatekeen Zuzenbidearen teoriaren batera jo izan balu ere, Zuzenbidearen edozein teoria. Konstituzioak gure egitura juridikoan daukan kokapenari buruzko aldarrikapen orok praktika juridiko orokorraren interpretazioan oinarritu beharra dauka, ez praktika orokor horretatik isolatuta dagoen Konstituzioan. Konstituzioak Zuzenbide indarra daukala dioten adituak, beren teoriaren konplexutasuna gutxiesten ari dira.

Honekin ez dut esan nahi Konstituzioa funtsezko araua ez denik. Senatua legez kanpokotzat jotzen duen erabaki bitxia barregarria iruditzen baldin bazaigu, Konstituzioko xedapenak ukiezinak direlako da. Gaur-gaurkoz behintzat, gure praktika juridiko orokorreari buruzko interpretazio batek berak ere ez luke Konstituzioaren funtsezkotasuna zalan-tzan jarriko. Hasieran txalogarriagoa izango zatekeen erabaki bitxi haren pareko zerbait –*Marbury versus Madison* kasua, adibidez, goraipagarria izan zen bere garaian, baina ez zatekeen hala izango ehun urte geroago eman izan balitz–; orain, aldiz, burugabea iruditzen zaigu erabaki hipotetiko hura, gaur egun astakeria delako praktika juridikoa horrela interpretatzea. Konstituzioa funtsezko araua dela hain dago errotuta gure ordenamendu juridikoan, hori ukatuko lukeen interpretazioa erabat okerra izango litzatekeela, arkitekto-rako estiloak interpretatzeko orduan katedralak gotikoak ez direla esatean bezala, edo Hamletek ez zuela Printzea ezagutzen.

Nolanahi ere, zentzu zabalean teoria konstituzional guztiak interpretatzaileak diren arren, bereizketa garrantzitsu bat egin behar da Konstituzioaren Egileen asmoa erabakigarria balitz bezala hartzen dutenen eta ez dutenen artean. Teoria batzuek diote Auzitegiak arauak berrikusi ahal izango dituela soil-soilik hori balitz Egileen asmoa; beste teoriak, haatik, diote Auzitegiak esku har dezakeela, Egileen asmoa hori izan ez arren. Baina, Egileen asmoa zer den jakin gabe, ezin dugu bereizketa honen garrantziaz jabetu, ez eta bere esanahia azaldu ere.

Sarritan arazoak sortzen dira Kongresuko edo biltzar konstituzional bateko kide batek Konstituzioko xedapen bat bozkatzera koan zein asmo zeukan jakiteko orduan, xedapen lausoan kasuan bereziki –esaterako, babes berdintasunari edo prozedura egoikiari buruzko arauetan–. Litekeena da kide horrek xedapenari dagokionez inolako asmorik ez izatea, edota bere asmoa zehazgabea izatea. Eta zailtasuna, jakina, areagotu egiten da Kongresu edo biltzar konstituzional osoaren asmoa zehazten saiatzean, giza-banako bakoitzaren eta taldearen asmoa uztartu behar direlako. Kongresista edo kide

9. Ikus BENTHAM, Jeremy. *Of Laws in General*, H.L.A. Hart (Atlantic Highlands, N.J.: Humanities Press, 1970); AUSTIN, J.L. *The Province of Jurisprudence Determined*, London, 1832; 9-33 orr.; KELSSEN, Hans. *Pure Theory of Law*, Berkeley: University of California Press, 1978; 193-195 orr.
10. Ikus HART, H.L.A. *The Concept of Law*, Berkeley: University of California Press, 1976.

bakoitzak asmo zehatz eta frogagarria eduki arren, gerta daiteke taldearen asmoa zehazgabea izatea, asmo jakin bat talde osoarena dela esan ahal izateko gutxiegi direnean asmo horren aldekoak.

Asmo konstituzionalei buruzko elkarren aurkako eskolak bat datoz orain artekoan, baina bide ezberdinak hartzen dituzte hemendik aurrera. Alderdi baten esanetan, ahalegin guztiak egin behar dira, Historiaz eta analisisiaz baliatuz Konstituzioaren Egileen asmo kolektiboa zein zen jakiteko. Hauen ustez, azterketa historiko sakon batek jatorrizko asmo garrantzitsu eta esanguratsuak emango lituzke ezagutzera. Edonola ere, beharrezkoa da ahalegina egitea; izan ere, eskola honen arabera, epaileek berezko asmo konstituzionala modu honetan zehaztuz bakarrik ekin ditzakete demokraziarentzat arriskutsuak diren erabakiak. Beste alderdiak dio hutsal eta zitala izango litzatekeela Egileen jatorrizko asmo kolektiboa aurkitzen saiatzea, ez delako asmo kolektibo esanguratsurik existitzen, oso gutxi aurkituko liratekeelako, asmo kolektibo erabakigarrien lekuan asmo zehazgabeak baino aurkituko ez liratekeelako, justiziari buruz daukagun ideiaren aurkako asmoak aurkituko genituzkeelako, egungo Konstituzioaren gidari izateko aukerarik eduki ez eta atzera bota beharko liratekeenak, etab.

Eztabaida honetako alderdi biek diote Egileen asmoa –baldin badago behintzat– Historian gordeta dagoen fenomeno psikologiko konplexu bat dela, idazki, eskutitz eta ohitura zaharrak behatuz aurki daitekeena. Baina hori oso akats larria da, eta ohikoa gainera, fikzio hutsa baita Egileen asmoa. Oraindik ez da aurkitu.

Asmo “konstituzional” kontzeptuak gaur egungo Zuzenbidean nire ustez nola funtzionatzen duen azaltzen hasiko naiz. Gai jakin batzuren inguruan eztabaida pizten denean –adibidez, hiritar guztiei babes berdintasuna bermatzen dien arauak eskola segregatuak onartzen ote dituenaren inguruan–, ahobatez onartzen dugu garrantzitsua dela Hamalagarren Emendakina onartu zutenek “buruan” zer zerabilkiten galdetzea, beren uste eta asmoak kontuan hartu beharko liratekeelako babes berdintasunaren arauari egun eman beharreko indarra zehazteko orduan. Guztiok onartzen dugun formulazio honi, “asmo konstituzionalaren ikuskera” deitzen diot nik. Baina ez gatoz bat formulazioko hutsuneak betetzeko orduan, eta ezta ere zenbait asmok pertsona zehatz batzuentzat esan nahi zutena zehazterakoan, edota pertsona horiek formulazio konstituzionalarekin zer nolako lotura zeukaten, eta abar.

Teoria bakoitzak erantzun ezberdina ematen die galdera hauei. Brest-ek, adibidez, talde baten asmoa, berau osatzen duten kideen “asmoen batura” dela dio. Antzeko beste teoria bat eratzeko erabil daiteke “ulermen kolektiboaren” ideia ere. Teoria hauetako bakoitzak aldarrikatzen du berea dela asmo konstituzionalari buruzko erantzun “zuzena”, baina kontua hutsuneak aukera politikoak eginez kontzeptu komunekin betetzea da, ez taldearen asmoa –faktore psikologiko konplexu gisa– zer den ahalik eta ongien zehaztea. Ez daukagu teoria hauen baliozkotasuna epaitzeko erreferente argirik; ez dago praktika juridiko edo konstituzional egokiaren kontzepzioei buruz historikoki finko eta independentea den asmo “errealik”. Berezko ulermen konstituzionalaren ideiak ezin du berrikuspen judizialaren teoria baten abiapuntu edo oinarria izan; muina izango da gehienez ere. Eta falta den zatia ez da asmoaren ideia buruzko azterketa filosofiko bat izango, eta are gutxiago horren inguruko ikerketa historiko zehatza. Moralitate politikoan oinarrituko da zati hori, moralitate hori polemikoa izan arren.

Kontuz ibili behar dut, noski, puntu honetan gehiegikeriatan eror ez nadin. Ez dut esan nahi lortu nahi dugun edozein ondorio politiko asmo konstituzionalaren ideian bilduko dugunik. Esaterako, lehenengo biltzar konstituzionalako kideek esklabotza legez kanpokoizat jo beharko zuketela pentsatzen baldin badugu, ezin dugu hori egiteko asmoa zeukatenik esan. Asmo konstituzionalaren kontzeptuaren inguruan badira zalantzan jartzerik ez dauden zenbait alderdi, kontzeptuaren ulermen komunak deskribatzean azaldu dudan bezala. Nolanahi ere, eta ikusiko dugunez, kontzeptu hau beste teoria desberdin askori irekita dago, eta bere muga lausoek ez dute horien artean onena zein den zehazten.

Horrela funtzionatzen dute, nire ustez, asmo konstituzionalek gure Zuzenbidean. Ostera, Konstituzio Zuzenbidean aditu askok dio asmo legegilea eta konstituzionala hain ongi definituta daudela praktika juridikoan, ezen behin dagozkion faktore psikologiko guztiak ezagututakoan, ez dagoela asmo legegile edo konstituzionalaren inguruan zalantza

izaterik edo eztabaida pizterik. Brestek, adibidez, duela gutxi idatzitako artikulua miresgarri batean dio gure eguneroko hizkuntza juridikoak lotu egin dituela pertsonen buruan darabiltzaten gertakari nahiz ideiak eta beren asmo juridikoak¹¹. Galdera batzuk botatzen ditu autoei parke batean sartzeari debekatzeko dien ordenantza bat eman duen alkate batek dauzkan asmoei buruz, alkateak buruan dituen asmo guztiak ezagutzen ditugula aurreuposatuz, hots, bere burutik pasatako guztiaren berri daukagula. Zuzenean eta ziurtasunez ematen die erantzuna galdera guztiei. Zera dio, adibidez: alkateak ez baldin bazuen autoak parkean ikuskizun promozional gisa helikopteroz sartzeari aukerari pentsatu, bere burutik sekula ez bazen halako asmo bitxirik pasa, orduan ez zuela autoei modu horretan sartzen debekatzeko asmorik, nahiz eta, aukera horretan pentsatu izan balu, debekatu egingo zukeen.

Azalpen hau legegile bakar baten asmoari buruzkoa da, eta, ikusiko dugun bezala, legegile talde baten asmoak baino arazo gutxiago sortzen ditu. Baina kontua da ez dagoela alkateak halako asmorik ba ote zeukan esan ahal izateko asmoei buruzko kontzeptu bateraturik –ezta banakako legegileen kasuan ere–, edota egin zuena zehazgabea zen edo ez. Demagun inork alkateari autoak helikopteroz sartzeari aukerari berri eman izan balio –ordenantzaren zirriborro bat egin ondoren, baina sinatu aurretik–, araeu jasotako hitzen arabera, ikuskizun hori debekatuta geldituko zela suposatuko zuela alkateak. Baina, era berean, ziur gaude alkateak hori debekatu nahi izan ez balu, aldatu egingo zuela araua, eta baimendu egingo zuela autoak helikopteroz sartzeari. Bere asmoa helikopteroz sartzeari debekatzeari zela adierazten al du honek? Ala ez zen hori bere asmoa? Ala ez zeukan horren inguruko asmo zehatzik?

Azter ditzagun ondorengo hiru argudio hauek: (1) Legegilearen asmoei dagokienez, erabili dituen hitzak modu ezberdinetan interpreta daitezkeenean, ziurtatu behar da ez dela debekatu nahi ez zuenik debekatzeko. Gure hipotesian, alkateak ez zuen helikopteroz sartzeko aukera debekatu nahi. (2) Legegileak, bere hitzei berak eman nahi dien esanahi eta zentzua emango zaiela ziurtatu nahi du. Argi dago parkean sartzeko modu ez ortodoxoak debekatzeko asmoz erabili zituela alkateak bere hitzak. (3) Zaila da legegileak zeuzkan asmoak zehaztea: alde batetik, erabili zituen hitzei berak eman nahi zien zentzua eman beharko litzaiekeelako, eta bestetik, ez litzatekeelako berak debekatu nahi ez zuen ezer debekatu beharko. Normalean ondorio berdinerari iritsi nahi izaten dute bi agindu hauek, baina kasu honetan aurkako ondorioetara garamatzate. Beraz, alkatearen asmoa zehazterik ez dagoela esan beharko genuke.

Hiru argudio hauetako bakoitzak, legegilearen asmo legegileari buruzko teoria –osatu gabe– desberdin bana proposatzen du. Lehenengoaren arabera, legegileak testuari kasu gatazkatsu batean eman nahiko litziokeen ondorio juridikoek osatzen dute bere asmo legegilea; bigarrenaren arabera, legegileak itxaro dituen ondorio juridikoek, eta hirugarrenaren arabera, legegileak itxaro dituenek eta beteko direla espero dituenek, biek. Hizkuntza juridikoak ez du hiru hauetako bat bera ere jasotzen zein kanporatzen, eta are gutxiago “asmo” hitzak hizkuntza arruntean daukan esanahiak. Erabilera juridikoaren ikuspuntutik, lehiakideak dira definizio hauek, eta, hauen arteko bat aukeratzeko, teoria juridiko eta politikoen inguruko pentsaera orokorragoetara jo behar da. Oker dabil Brest adibideko alkatearen asmoaren kasuan erantzun onargarri bakar bat dagoela pentsatzean –adibide modura baino ez dut erabili bere argudioa, diskriminatzaile eta korapilatsua delako. Asmo konstituzionalei buruz idazten duen ia edonork egiten du horrelakoren bat–. Brestek alkatearen kasuan botatako galderek ez digute erakusten, berak pentsatu bezala, gure ustez asmoa denak, araudiari edo Konstituzioari buruzko interpretazioaren teoriaren baten muina bihurtzean, ondorio bitxiak dauzkanik, baizik eta ez daukagula eginkizun hori betetzeko inongo kontzeptu zehatzik.

Bresten galderek adierazten dute zeintzuk diren teoria politiko baten baitan asmo legegile edo konstituzionalaren kontzeptuaren inguruan egin beharreko aukerak. Demagun gobernu ordezkatzailerari buruzko teoriarik onenak dioela alkateak arauari barnebilduta egotea nahiko litziokeen kasu guztiak barnebiltzen dituela arauak –pentsatu

11. BREST, 4. orri oina.

dituen guztiak eta pentsatu ez dituenak—, baldin eta arauko hitzak kasu zehatz horiek barnebiltzeko aski zabalak baldin badira. Asmo legeegilearen hiru ikuskeren arteko lehenengoa hartuko genuke, baina kasu horretan ezingo genuke esan arauaren norainokotasunari buruzko teoria hau asmoari buruz daukagun teoriarik oinarritzen denik, hain zuzen kontrakoa baita.

Norbanakoen asmoak bakarrik aztertu ditugu orain arte, baina teoria konstituzionalak taldearen asmoaren ideia ere behar du. Hala ere, bistan da ez daukagula taldearen asmoaren kontzeptu finkorik, Egileen asmoak gai historiko bilakatuko lituzkeena. Gai historikoak balira, asmo hori zehazteko aski litzateke Egileek garai hartan buruan zerabiltena ezagutzea. Datozen lerroetan, ideia hau justifikatzen saiatuko naiz: taldearen asmoa zehazteko kontuan hartu beharreko egoera psikologikoak zeintzuk diren jakiteko, ez dago erantzun bakar bat edo naturalik. Taldearen asmoa osatzeko egoera psikologiko horiek nola konbinatu beharko liratekeen ere azalduko dut.

Baina, lehenik eta behin, nire ikuspegi orokorra eman beharko nuke. Asmo konstituzionalaren kontzeptua eztabaidagarria den arren, badago praktika juridikoaren bidez hizkuntza arruntak argitzen ez dituen kontzeptu honen zenbait alderdi zehazteko aukerarik. Horrela, hitz teknikoak bihurtuko da “asmo konstituzionala”. Gure praktika juridikoak murriztu egin du asmo legegile kontzeptua, 16. atalean azaltzen dudana bezala. Esate baterako, ohitura juridikoari jarraiki, biltzarrek Kongresuko lege proiektu bati erantsitako txostenari buruzko adierazpenak proiektuarekin batera bozkatzen dira, taldearen asmo ofizial gisa. Baina ohitura horrek erantzuteke uzten ditu asmo legegileari buruzko galdera asko, eta forma berriei agertzen zaigu kontzeptua. Edonola ere, asmo konstituzionalaren inguruan horrenbeste landu den teoriarik ez dago; esate baterako, ez dago *Federalist Papers*-etako zenbait pasarte Konstituzioarekin uztartzen dituen edota lotura hori ez dagoela dioten korrontarik. Praktika konstituzionalak, oster, ez du automatikoki baztertzen ez onartzen historialariek Konstituzioaren Egileen asmoa zehazteko kontuan hartuko luketen alderdirik; bai ordea legegitzak. Edonola ere, jatorrizko asmoaren garrantzia azpimarratzen dutenek apenas joko dute horrelako baieztapenetara. Beren iritzian, Auzitegi Gorenak inoiz ez du Egileen asmoa kontuan hartzen, eta, beraz, ezin dute Auzitegia asmo horren definizioaren inguruan ados jartzera iritsi denik esan.

Azter ditzagun legelari batek asmo konstituzionalari buruzko ikuskera bat sortzeko edo interpretatzeko orduan daukazan aukera anitzak. Has gaitezen teoria psikologikoen eta misto izendatuko nituzkeen arteko bereizketa orokorra eginez. Erabat psikologikoa den teoriaren esanetan, gizabanako zehatz batzuek —hala nola kongresistek edo biltzar konstituzionalaletako kideek— buruan darabiltzaten gertakari, ideia eta antzeko egoera psikologikoei osatzen dute asmo konstituzionala. Teoria mistoak, aldiz, dio asmo konstituzionala “objektiboagoak” diren beste zenbait alderdik ere osatzen dutela: adibidez, irakurketa “naturalak”, agiriak jasotzen edo sustatzen dituen baloreak, edota pertsona argi eta pentsalari batek agiriari emango liokeen edo eman beharko liokeen zentzuak —teoria misto batean barnebilduko liratekeen kasuen adibideak besterik ez dira—. Teoria mistoaren baitan egoera psikologikoak ere aurkituko ditugu, baina ez hauek bakarrik.

Oso orokorra da asmo konstituzionalaren inguruko teoria psikologiko eta mistoaren artean egin dudan bereizketa. Bakoitzaren bertsio desberdin ugari daude, eta deskribapen orokorrak galdera asko uzten ditu erantzuteke. Gainetik bada ere, galdera horiek zeintzuk diren adierazten saiatuko naiz. Teoria psikologiko bat sortzeari ekingo liokeenari bururatuko litzaizkiokeen moduan botako ditut, nahiz eta, nire ustez, teoria misto bat sortzerakoan bururatuko litzaizkiokeenak ez liratekeen gutxiago edo errazagoak izango.

Teoria psikologikoei, hasteko, pertsona batzuk identifikatu behar dituzte, horien egoera psikologikoak izango baitira kontuan hartu beharko direnak. Konstituzioaren kasuan, nortzuk? Konstituzioa proposatu zuten kide eta kongresistak? Kide eta kongresista guztiak, hots, aurka bozkatu zutenak barne? Garrantzitsuagoak al dira batzuen egoera psikologikoei —debateetan parte hartu zutenenak, adibidez, edo gehien hitz egin zutenenak— beste batzuenak baino? Eta zer esan berrespen prozesuan parte hartu zutenen egoera psikologikoei buruz? Eta jendearen egoera psikologikoei, edo debate publikoetan parte hartu zutenenak, edota agiriak behin onartutakoan irakurri zituztenenak? Historiako une zehatz bateko egoera psikologikoak bakarrik hartu behar al dira kontuan? Ala beranduagoak

ere bai? Baiezkoan, norenak? Auzitegi Goreneko magistratuenak? Arauen alde egiteko aukera izan zuten kongresistenak, baina Konstituzioa beste modu batean interpretatzen zutelako egin ez zutenenak? Bere burua babestearren Konstituzioaren indarrari buruzko iritzi zehatz bat zeukan jende multzo batena, iritzi hori edukitzeagatik hartu zituena zenbait erabaki politiko –emendakinik ez egitekoa, besteak beste–? Hauetako talderen bat ez baldin bada kontuan hartzen, zein da kontuan ez hartzearen arrazoa? Ikusiko dugun bezala, “demokrazia” oihukatzeak ez du balio. Ez eta xuxurlatzeak ere.

Legelariak, tamalez, trikimailu ugari erabiltzen dituzte euren buruak galdera haue-tako batzuei behintzat erantzun dietela konbentzitzeko –erantzun ez dieten arren–; “Kongresuaren asmoa” bezalako pertsonifikazioak, adibidez. Hala ere, arriskutsuagoa da konstituzionalistek darabilten pertsonifikazioa: “Egileak” hitz beldurgarria. Konstituzioa ezagutzen ez dutenek ez dakite zenbat aldiz jotzen duten hitz horretara. “Egileen” asmoa zer den kartsuki argudiatzen duten artikulu andana irakurri dut, baina inon ez da adieraz-ten nor demontre ziren –edo diren– pertsona horiek, eta zergatik.

Kontuan nor hartu behar den galdera bere horretan utzi, eta goazen hurrengora: zeintzuk dira jokoan dauden gertakari edo bestelako egoera psikologikoak? Brestek hiz-kuntza normalaren inguruan dauzkan ideiak aztertzean, nahaspila apur bat sumatu genuen gizabanakoen asmoen inguruan. Zertan gaude interesatuta, legegile baten ustez proiektu zehatz batek Zuzenbideari eragingo dion moduan, ala kezka hauekiko daukan jarrean? “Hizlariak eman nahi izan dion esanahiari” buruzko azterketa garrantzitsu bat egin dute filosofoek –Paul Grice-k bereziki¹²–, hau da, hizlariak, esaldi bat erabiltzerako-an, adierazi nahi izan duenaren inguruan, esaldi horrek abstraktuan adierazi nahi duene-tik bereiz. Eta hizlariak adierazi nahi duena zera da: entzuleak hizlariak nahi duen moduan interpretatzea esaldiak –laburpen honek, jakina, ez ditu Griceren azterketa eza-gunaren formulazioak dauzkan azpimultzo eta konplikazioak aintzat hartzen–.

Hizlariaren kezkak, normalean, jendeak bere esanak modu zehatz batean ulertze-ari buruz izaten duen itxaropenekin nahasten dira. Ilargia urdina dela esaten badut, zuek nik ulertzen dudan moduan ulertuko duzuela itxaro dut, eta horrela ulertuko duzuela itxa-ro dudalako bota dut esaldi hori. Baina posible da hitz batzuk ulertu egingo direlakoan erabili, eta bestelako ondorioak izatea. Posible da hizlariak erabili duen hitzaren adiera guztietan ez pentsatu izatea. Horixe zen Bresten adibidean oinarritutako alkatearen ego-era. Iruzkinean nioen bezala, honako esanahiak bereiztera eraman gaitzake: hizlariaren arabera daukan esanahia, eta hizlariak dauzkan itxaropenen araberrako esanahia.

Kasurik normalenean, gerta liteke legegile batek, bozkatzeko unean –eta ez gero-go bakarrik, alkatearen kasuan bezala–, bere itxaropenak eta hitzei eman dien zentzua desberdinak direla ikustea. Demagun Hamalagarren Emendakina bere osotasunean bozkatu behar duela, eta alde edo aurka bozkatzeko aukera besterik ez diotela eman. Berak itxaro du emendakin horrekin eskolen segregazioak abolituta geldituko direla uler-tuko dela, baina ondoren damutu egiten da, eta horrela ez ulertzea itxaro du. Edo suposa dezagun segregazioa abolituta geldituko dela ulertuko delakoan bozkatu duela alde, baina hori gertatuko ez denaren beldur dela. Talde osoaren asmoa zehaztearren berak daukan asmo legegilea aztertzean, Griceren arabera dauzkan kezkak hartu behar al ditu-gu kontuan (testua ziurrenik nola ulertuko den)? Ala bere itxaropenak, agian desberdinak direnak? Taldeak, beharbada, emendakina modu zehatz batean ulertuko zela itxaro zuen, baina gehiengoak (emendakinaren aurka bozkatu zutenek, eta, alde bozkatu arren, eurek itxaro zutena ez gertatzea nahiago zutenek) beste modu batean egingo zela itxaro zuen. Zein da orduan legegileen asmoa?

Ez dut esan nahi kongresista baten kezka edo itxaropenak desberdinak izateko-tan, bietako bati eman beharko litzaiokeenik lehentasuna, baizik eta aukera bat egin beharra dagoela. Eta antzeko beste batzuk ere bai. Gure kongresista –edo beste nor-bait– legediaren aurka egon izan balitz, erantzun desberdinak eman beharko al genituz-

12. Ikus GRICE, H.P. “Utterer’s Meaning and Intentions”, In: *Philosophical Review*, 78, 1969; 147 or. GRICE, H.P. “Utterer’s Meaning, Sentence-Meaning and Word Meaning”, In: *Foundations of Language*, 4, 1968; 225 or. GRICE, H.P. “Meaning”, In: *Philosophical Review*, 66, 1957; 377 or.

ke, pertsona horiek ere kontuan hartu beharrekoak direla esanez? Kongresista baten kezka —edo itxaropen, edo beldur— guztiak hartu behar al dira kontuan, ala bere jardueran adierazi dituenak bakarrik? Kongresista batek proiektu batek lortuko dituen emaitzei buruz daukan iritziazen ebidentzia bakarra, gosaltzerakoan bere emaztearekin izan duen elkarriketa baldin bada, kontuan hartu beharko al da? Zergatik ez? Ala eraikin zehatz batean edo lankideez inguratuta zegoen unean zeukan egoera psikologikoa bakarrik interesatzen zaigu? Ala, azken batean, ez zaigu bere egoera psikologikoa bakarrik interesatzen? Azken kasu honetan, mistoa litzateke gure teoria.

Asmo konstituzionalari buruzko teoria orok, eraginkorra izan dadin, jarrera bat eduki beharra dauka ukapenaren eta delegazioaren aurrean. Alegia, desberdindu egin behar dira lege batek ondorio zehatz bat edukitzerik nahi ez izatea, eta ondorio hori nahi ez izatea espresuki adieraztea. Teoria konstituzionalak, oster, ez dio desberdintasun horri daukan garrantzi guztia aitortu, orokorrean pentsatzen dugulako legegile batek asmo horietako bat bera ere ez baldin bazeukan, hirugarren bat zeukala: erabakia beste batzuen esku uztea, auzitegien esku batik bat. Hona zer dion Perry-k honi buruz:

“Egileek P gaia aztertu baldin bazuten... P debekatzea edo ez debekatzea izango zen beren asmoa. Ez baldin bazeukaten P debekatzeko asmorik, edo etorkizuneko legegileen esku utzi nahi zuten P debekatu edo ez debekatzeko erabakia, edo ez debekatzeko asmoa zeukaten. Baina ez daukagu zertan pentsatu boterea mugatzeko xedapen garrantzitsuak onartu zituzten Egileek xedapen horiek geroko belaunaldientzat hain mugagabeak izatea nahi zutenik¹³”.

Egituraren inguruko azterketa honek, Egile baten asmoa hiru motatakoa izan daitekeela adierazten du: debekatzekoa, ez debekatzekoa, edota erabakia hartu gabe uztekoa, bere orde bestea erakunde batzuek har dezaten. Hain zuzen ere hiru aukeren eredu honetara jotzen du Perryk Hamalau garren Emendakinaren egileek eskola publikoen segregazioa ez debekatzeko asmoa zeukatela esaterakoan, ezerk ez baitu adierazten beste bi asmoak zeuzkatenik.

Baina azterketa honek ez du hiru aukera horiek faltsuak direla esateko aukerarik ematen. Edonola ere, “asmo” hitzak testuinguru arruntan izan ditzakeen esanahien arabera, erabat posible da horiek guztiak faltsuak izatea. Eta baita Perryk esandako suposatuan ere, hots, pertsona horiek beren buruari galdetu izan baliote Hamalau garren Emendakinaren eskola publiko segregatuak abolituko ote zituzkeen; izan ere, emendakin horren inguruan eztabaidatzeko unean horrelako eskolak zeuzkaten inguruan. Baina demagun kongresista horien arteko batek sekula ez zuela emendakinak ondorio hori izan zezakeenik pentsatu; ez zitzaioala burutik pasa ere egin. Arazoa badagoenik ere ez konturatzeara, arazoari aurre egiteko modu bat al da? Nolanahi ere, ezin dugu esan emendakinaren bidez eskola segregatuak bertan behera geldituko zirela pentsatu ez zuen kongresistak ez zuenik segregazioa bertan behera geratzerik nahi.

Suposa dezagun aipatutako kongresistak ikuspuntu aktiboago batetik aztertu zuela aukera hori, eta zera esan ziola bere buruari:

“ez dakit zein erabaki hartuko duen Auzitegi Gorenak eskola segregatuen kasua eskuetara heltzen zaionean, edozein egunetan iritsiko zaio-eta. Nik uste dut honako aukera hauek izango dituela: funtsezko interesen arloko diskriminazioa debekatu nahi genuenez, magistratuek pentsa dezakete heziketa funtsezko interesen barne ote dagoen erabaki behar dutela. Edo eskola segregatuei buruz daukagun asmo zehatzari jarraitu beharko lioketela; kasu honetan, onartu genuen arauak segregazioa debekatzetik nahi ote genuen erabakitzen saiatuko lirateke. Edota auzia, moral politikoko gai bat balitz bezala, beraiei delegatu genietela pentsa dezakete, hau da, beraiei dagokiela segregazioa baimendu edo debekatzea. Espero dut ez dutela azken aukera hau hartuko, auzitegiek, nire ustez, gure borondatea aztertu beharko luketelako, eta ez beraiek nahi dutena. Baina neronek ere ez dakit gure borondatea zehazki zein den; hori, aplikatuko den asmo konstituzionalari buruzko teoriaren

13. PERRY. *Interpretivism*, 4. orri oina.

araberakoa da, eta ni ez naizenez Konstituzio Zuzenbidean aditua, ez dut horri buruz gehiegi hausnartu. Gainera, ez daukat eskola segregatuei buruz inolako preferentziarik. Horri buruz ere ez dut gehiegi pentsatu”.

Horra hor legegile askok egoera ugariren aurrean izan ohi duten jarreraren deskribapen errealista bat. Perryk proposatu eta interpretatzaile askok onartu duten hiru aukeren eredua, ordea, ez da jarrera honetarako aproposa. Deskribatu dudana legegileak ez dauka Perryren ustez derrigorrean existitu behar duen asmoetako bat ere –”asmo” hitzak hizkera arruntean daukan zentzuan–. Nolanahi ere, Perryk askatasun osoa dauka asmo konstituzionalari buruzko teoria bat sortzeko. Mugaren bat ipin diezaioke bere teoriari, honela dioen printzipio arautzaile bat: prozesu konstituzionalean parte hartu zutenetako batek ez baldin bazeukan botere legegile federal edo estatala mugatzeko asmorik, eta ezta erabaki hori beste batzuen esku uztekoa edo delegatzekoa ere, botere hori ez mugatzeko asmoa zeukala ulertu beharko da. Horrela, ez litzateke “hutsunerik” egongo pertsona batek legegintzari buruz daukan asmoen berri ematen duen ereduari. “Asmo” hitzaren esanahi arruntetik urruntzen bada ere, ez du arazorik sortzen; azken batean, erabilera partikular baterako teoria bat sortzea da kontua. Baina, oraingoan ere, justifikazio beharrean dago aukera hau.

Asmo konstituzionalaren teoria psikologikoan kontuan hartu beharreko egoera psikologikoak dauzkaten pertsonak identifikatzeko egin ditut bereizketa eta iruzkin hauek guztiak, eta pertsona horien egoera psikologikoak definitzeko. Baina teoria honek Konstituzioaren “Egileek” talde gisa daukaten asmo konstituzionala nola osatzen den ere adierazi behar du, egoera psikologiko hauek desberdinak izango baitira pertsona bakoitzeko, eta zenbaitetan izugarritzko aldearekin gainera. “Gehiengoaren asmoari” egindako hurbilketa dei genezakeena aukeratu behar al dugu? Alegia, matematikoki, baina modu orokor batean, biztanleriaren “masa” edo “gehiengotzat” jotzen den azpiklase zehatz bateko kideek dauzkaten asmoen multzoa izan behar al du asmo konstituzionalak? –Horixe bera izango litzateke Bresten “asmoen bozketaren” teoria, taldearen asmoa osatzeko gizabanakoen asmoak nola uztartzen diren azaltzen duena. Baina oker dabil oraingoan ere, aukera hau inposatu egiten zaigula pentsatzean–. Kasu horretan, gai garrantzitsu batzuen kasuan asmo kolektiboa aurkitzeko inolako esperantzarik gabe egon gintezke maiz, zeren eta egoera baten aurrean egoera psikologiko bertsua daukaten pertsonak ere hainbeste desberdintasun dauzkate beren artean, inoren iritziak ez duela behar adina jarraitzaile lortuko. Gehiengoaren asmoaren teoria ezezko ondorioarekin lotuko bagenu, ikusiko litzateke jatorritzko asmo konstituzionalak ia ez duela inkonstituzionala den ezer egiten.

Ala “asmo ordezkatzailerean” ikuspuntua da kontuan hartu behar duguna, zeinaren arabera asmo konstituzionala ez den gaur egungo edozein legegile izan dezakeen asmoarekiko oso desberdina, baina ezta ere inork daukanaren berdina ere? –Batez besteko hipotetiko baten edo legegile adierazgarriren baten asmoaren kasuetan, adibidez. Gauza bera gertatuko litzateke soziologo batek gizarte baten “moralitate herrikoa” definitzeko orduan: ikuspuntu multzo bat deskribatuko luke, ez pertsona zehatz bati dagozkionak–. Argi dago aukera honek azterketa sakonagoak eskatzen dituela eta, beraz, desadostasun gehiago sortuko direla enpirikoak ez diren gaietan, baina leku zabalagoa ematen dio asmo positiboari, eta ondorio negatiboaren arauari, aldiz, botere gutxiago.

Utz ditzagun, oraingoz, asmo konstituzionala zehazteko bota ditugun galdera guztiak. Bistan da euren garrantzia, nahiz eta ia ez zaien erantzunik eman, eta gaur egun unibertsitateetako eztabaidatan apenas aipatu. Beharbada hain agerikoa ez den arazo berezi bat aztertu nahiko nuke jarraian. Demagun kongresista batek merkataritza murrizten duten bategiteak ilegaltzat jotzen dituen arau baten alde bozkatzen duela, eta hauxe dela bere egoera psikologikoa: bere ustez, debekatu egin beharko lirateke merkataritza murrizten duten bategiteak; horregatik bozkatu du proiektuaren alde. Baina, era berean, iruditzen zaio etorkizunean industria kimikoan egin litezkeen bategiteek ez luketela merkataritza murriztuko, eta espero du inongo auzitegi ez duela horrelako kasu baten aurrean murrizketa gertatu dela erabakiko. Zein da orduan kongresista honek bategitearen inguruan daukan asmo “legegilea”?

Abstrakzio maila batzuk desberdindu behar ditugu asmo hori zehaztu ahal izateko: merkataritza murriztuko duen bategite guztiak debekatu nahi dituela esan dezakegu,

edota ez dituela kimikaren arloko bategiteak debekatu nahi. Abstraktu samarra da lehenengo formulazioa, eta bat dator bozkatu duen arauaren hitzekin; bestela esanda, bere asmo “abstraktuak” adierazten ditu. Bigarren formulazioa askoz ere zehatzagoa da –askoz ere asmo zehatzagoari dagokiola esan genezake–, ez baititu testuko hitzak bakarrik hartzen kontuan, baizik eta baita legegileak bere aplikazioari buruz pentsatzen duena ere. Ikusi egin behar zein den bi formulazio hauen artean legegilearen asmoa zehazteko egokiena. Formulazio abstraktua aukeratuz gero, bategite kimikoek merkataritza murrizten dutela dioten epaileek, halako bategiteak debekatzeari, kongresistaren asmoak errespetatzen dituztela pentsatuko lukete. Aldiz, bigarren formulazioa aukeratzaren badugu, bategitea debekatzek zapuztu egingo lituzke kongresistaren asmoak. Zein formulazio aukeratu beharko genuke orduan?

Arazo hau Konstituzioaren testuinguruan bertan ere ematen da. Demagun kongresista batek “babes berdintasunaren” aldeko emendakin baten alde bozkatzaren duela, funtsezko interesen arloan gobernuak pertsona guztiak berdin tratatu beharko lituzkeela pentsatzen duelako. Krimen beragatik erruduntzat jo diren zuriei eta beltzei zigor desberdinak aurreikusten dizkieten lege penalek arau hori urratu egingo luketela iruditzen zaio, bere ustez erantzukizun penala funtsezko interesekin lotuta dagoelako. Baina ez zaio iruditzen eskola publiko segregatuak, berdintasunik gabekoak, araua urratuko luketenik, ez duelako hezkuntza funtsezko interestzat jotzen. Kasu honetan ere, bere asmoaren formulazio abstraktua eta formulazio zehatza bereiz ditzakegu. Lehenengoaren kasuan, babestuta ikusi nahi ditu funtsezko interesak; beraz, auzitegi batek hezkuntza funtsezko interes bat dela erabakiko balu, auzitegi horrek, segregazioa debekatzuz, kongresistaren asmoarekin bat datorrela pentsatuko du. Bigarren formulazioaren arabera, aldiz, legegilearen asmoa, bozkatzeko unean, funtsezko interestzat jotzen duena babestea da; orduan, segregazioa abolituko lukeen auzitegia, bere asmoaren alde baino gehiago, aurka joango litzateke.

Bereizketa hau biltzar konstituzionalaren adibidearekin lotuta ere azal daiteke, ez ordea oraintxe azaldu dudana Kongresuarekin. “Prozedura zuzena” edo “babes berdintasuna” bezalako hitzekin, legegilearen asmo abstraktua adierazi nahi izan dezakegu, justizia edo berdintasun “kontzeptua” betetzea nahi duela. Eta ikuspegi zehatz batetik ere beha dezakegu, legegileak kontzeptu horiei ematen dien “zentzu” zehatza adieraziz¹⁴. Bereizketa hitz hauen bidez egitean, haserrea eragin dut¹⁵. Nire ustez oker dabilta kritika hauek, baina litekeena da hizkera arruntean kontzeptuak eta teoriak desberdintzeko ipini nituen adibide batzuetan nik neuk sortu izatea nahasketa. Kritikariek diote Hamalagarren Emendakinaren alde bozkatu zuten kongresistek edo asmo abstraktu bat, edo asmo zehatz bat zeukatela, baina ez biak batera, eta Historiak esango omen du bi asmo horien arteko zein zeukaten; hots, edo jendea funtsezko interesen arloan modu desberdinean tratatzea debekatu nahi zuten, edo beren ustez funtsezko interesekoak ziren arloetan jendea modu desberdinean tratatzea debekatu nahi zuten. Bi formulazioak zuzenak dira, abstrakzio maila desberdina daukaten arren. Beraz, teoria konstituzionalak erabaki beharrekoa ez da zein formulazio den historikoki zehatzena, baizik eta bietako zein erabili behar den asmo konstituzionalaren teoria sortzeko.

Aukeraketa honek berebiziko garrantzia dauka. Jatorrizko asmoa zein den ikertzeko formulazio abstraktua aukeratzaren baldin bada, epaileek moralitate politikoko erabakiak hartu beharko dituzte; ez Konstituzioaren Egileenak ordeztzeko, Egile horien asmoak osatzeko baizik. Kasu honetan, alferrikakoa litzateke “asmozaleek” proposatzen dutena egitea; alegia, XVIII edo XIX. mendeko politikariek zeuzkaten asmo zehatzen bilaketa historiko nekagarria egitea. Asmozaleak gai dira legegilearen asmo zehatzaren aldeko aukera demokrazia ordezkatzailaren teoria polemikoren baten bidez defendatzeko, edo asmo hori erabakigarria bihurtuko duen beste teoria politikoren baten bidez, baina beren kalterako izango litzateke, estrategia hori ez datorrelako beren oinarriekin bat: berentzat, jatorrizko asmoaren edukia Historiarekin dago lotuta; ez du teoria politikoarekin zerikusi-

14. Ikus DWORKIN, Ronald. *Taking Rights Seriously*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1977; London: Duckworth, 1978.

15. Ikus MONAGHAN, Henry P. “Our Perfect Constitution”, In: *New York University Law Review*, 56; 379-380 orr. MUNZER, Stephen R. & NICKEL, James W. “Does the Constitution Mean What I Always Meant?”, In: *Columbia Law Review*, 77, 1977; 1029, 1037-1041 orr. PERRY, *Interpretivism*, 4. orri oina.

rik. Ba al daukate asmo zehatzaren aukera hori beste modu neutralago eta historikoago batean defendatzerik, kideen edo kongresisten egoera psikologikoari buruzko informazio gehiago bilduz? Nik ezetz uste dut, baina har ditzaketen zenbait bide azalduko ditut.

Asmo abstraktu eta asmo zehatz baten aurrean egotean, bietako bat nagusia dela esateko tentazioa sortzen da, bata bestearen gainetik dagoela esatekoa. Eta, batzuetan, hala izango da. Demagun biltzar konstituzionaleko kide batek gorroto dituela psikiatrak, eta prozesuen zuzentasunaren aurkakoa iruditzen zaiola psikiatrei auzi penaletan lekukotza ematen uztea –ordainsari handiak jaso ditzaketela kontuan hartuz–. Prozesuen zuzentasunaren aldeko arau baten alde bozkatzeko baldin badu, zalantzak izango ditugu bere asmo nagusia zein den galdetzerakoan: prozesu zuzenen aurkako urraketak debekatzea, ala psikiatrak zigortzea? Azter dezagun kontrako egoera, lagungarria gerta baitakiguke bien arteko bat aukeratzeko orduan. Prozesu zuzena bere ustez beste gauza desberdin bat balitz, eta psikiatrei lekukotza ematen uztea prozesu zuzenaren aurkakoa ez dela pentsatu izan balu, arauaren alde bozkatuko al zukeen? Ezezkotan, psikiatrak zigortzeagatik bakarrik bozkatu zuen horren alde; psikiatrei kontra egitea izango zatekeen bere asmo nagusia, ordainsaririk ez jasotzea. Prozesu zuzenaren aurkako urrapenak debekatzea, bigarren mailako asmo eratorria baino ez zatekeen izango, balio instrumentala besterik ez zeukana.

Jakina, asmo nagusiaren eta eratorriaren arteko bereizketak ez du berdin jokatu legegile batek zerbait ez debekatzeko asmo zehatza daukanean. Kasu horretan, hauxe izango litzateke kontrako egoerari buruz egin beharreko galdera: beste zerbait pentsatu izan balu, hau da, arau horrek debekatu nahi ez zuen zerbait debekatu zuela pentsatu izan balu, alde bozkatuko al zukeen? Gure kongresistarentzat berdintasuna beste zerbait izan balitz, eskola segregatuak babes berdintasunaren araua urratuko luketela pentsatu izan balu, berdintasuna inposatzeko asmoa izango al zukeen oraindik?

Badaude zenbait arrazoi kongresista honek inguruabar hauetan ez zukeela babes berdintasunaren arauaren alde bozkatuko pentsatzeko; psikiatrak gorrotatzearen arrazoi kaskarra, adibidez. Beharbada jasanezina irudituko zitzaion eskola integratuen ideia, eta, beraz, justiziak integrazioa eskatzen zuela jakin arren, aurka bozkatuko zukeen. Kasu horretan, bere asmo nagusia eskola segregatuak ez debekatzea zela esan dezakegu, baina ez bere asmo abstraktua helburu hori lortzea zelako, baizik eta asmo zehatza asmo abstraktuari gailenduko zitzaiokeelako, bi hauek gatazkan zeudela jakin izan balu. Beste gauza bat ere esan dezakegu: kongresistak arauaren alde bozka zezakeen, honek segregazioa debekatu zuela jakinik; izan ere, posible da bere burua arrazen integrazioaren alde azaltzea.

Nolanahi ere, egoerarik interesgarrienetan aurkako egoeraren proba ez zaigu erabilgarria izango nagusitasuna asmo abstraktuari edota zehatzari eman behar diogun jakiteko, kasu horietan oso krudela izaten baita aurkako egoera. Izan ere, gure kongresistak berdintasunari buruz dauzkan usteak berez dauzkanekiko erabat desberdinak direla suposatu behar dugu –aurkako egoera leunagoek ez lukete asmo nagusia aurkitzeko balioko–; beraz, dauzkan usteak naturalak gerta dakizkigun, bere teoria politikoa aldatu egin zela suposatu beharko dugu. Hala ere, honek guztiak asko murriztuko luke aurkako egoerari erantzuna emateko balio dezaketen ebidentzia historikoen kopurua.

Demagun gure kongresistarentzat askatasuna berdintasuna baino askoz ere garrantzitsuagoa dela jakin dugula. Pentsa genezake ez zukeela babes berdintasunaren arauaren alde bozkatuko, baldin eta Konstituzioan jasotako arau horrek eskolen segregazioa bertan behera utziko zuela pentsatu izan balu, hori bere ustez askatasunari eraso egitea izango litzatekeelako. Baina ezin dugu ondorio hori onartu, elkarri babesten diotelako pertsona batek berdintasunaren edukari eta garrantziari buruz dauzkan iritziek. Ezin dugu pentsatu gure kongresistak berdintasuna modu zabalago batean ulertu izan balu garrantzi gehiago emango ez zionik. Ez dugu moralitate politikoko arlo zehatz bati buruz pentsatzen zuenari buruz soilik espekulatu behar, baizik eta moralitate politikoa oro har pentsatzen zuenaz. Politikari buruz daukan ikuspegi orokorrari helduz gero, galdu egingo genuke gure bidea. Ez dut esan nahi araua egunen batean eskola segregatuei aplikatuko zitzaizela aurreikusi izan balu alde bozkatuko zuela ondorioztatu behar dugunik; baizik eta ziur aski ez dugula aurkako ondorioa oinarritzen duen ebidentzia historikorik aurkituko, gure hipotesia formulatzerakoan baztertu egin ditugulako garrantzitsuak iruditzen zaizkigun gehienak. Ezin dugu, beraz, kontrako egoeraren proba jo Konstituzioaren Egileen asmo nagusiak beren asmo zehatzek izan behar zutela baieztatzeko.

Egin dezagun tesi hori oinarritzeko beste saio bat. Demagun galdera hau egiten dugula: gure kongresistak pentsatu izan balu ordezkari ofizialen batek berdintasuna beste moduren batean uler zezakeela, hots, segregazioak berdintasuna urratzen duela –adibidez Estatuko legegile batek, eskola bereiziak ezarri edo ez erabakitzerakoan, edota epaile batek, eskola segregatuak inkonstituzionalak ote diren erabakitzerakoan–, nahiko al luke gure kongresistak legegile horrek segregazioa inkonstituzionaltzat jotzerik? Aurrekoekiko oso desberdina da hipotesi hau, aldi honetan gure kongresistak gauza bera pentsatzen jarraitzen duelako: segregazioak ez duela berdintasuna urratzen. Orain, zera galdetzea dagokigu: ikusi nahiko al luke ordezkaria edo epailea berak onartzen ez duen berdintasunari buruzko ikuskera aplikatzen?

Ba agian bai. Pentsa zezakeen Konstituzio batek islatu beharrekoa ez dela objektiboki justiziazkotzat jotzen dena, baizik eta hiritarrek Historiako une zehatz bakoitzean justiziari buruz daukaten ikuspegia, eta horretarako modurik onena legegile eta epaileak beren ikuskera propioak aplikatzera bultzatzea dela. Hala eta guztiz ere, gure kongresistak praktika konstituzionala horrela ulertzea posible den arren, ez zen, segur aski, halakorik gertatuko. Ziurrenik nahiago zukeen justiziazkoa kontsideratzen dena aplikatzea, hiritarren ikuskera edo beste ikuskeraren bat baino. Orduan, ezezko erantzuna eman beharko genioke aurkako egoerari: gure kongresistak ez zukeen nahiko epaile batek, denboran aurrerago, bere ikuskerekin bat ez letozkeenak aplikatzerik. Baina oso akats larria izango litzateke kongresistaren asmo nagusia segregazioarekin amaitzea ez zela esatea, eta berdintasuna sustatzearen asmo abstraktua eratorria baino ez zela. Ondorio hori ez litzateke zilegia izango, gure hipotesiaren kasuan ez dugulako bi asmoen arteko desberdintasunik finkatu, kongresistak berdintasunari buruz zeukan ikuskera baztertu egin duela suposatuz.

Honek, ostera, alderdi askotatik interesgarriagoa den hirugarren argudio batera garamatza: epaileek Konstituzioaren Egileen asmo zehatzetan ipini beharko lukete beren arreta, horixe zelako Egileen asmoa. Ez dakit Egileek, talde gisa, zer pentsatuko zuten hemen aztertzen ari garen gaiei dagokienez. Ez dakit epaile batek, arazoak ematen dituen testu bat interpretatzerakoan, legegileen asmoei begiratu beharko liekeela pentsatzen ote zuten, eta ezta baiezkoan testuaren egileen artean nortzuren asmoak hartu beharko liratekeen kontuan, zein egoera psikologikori begiratu beharko litzatekeen asmoak zehazteko, zenbaterako zeresana edukiko luketen asmo abstraktuek eta zehatzek, eta abar. Baina demagun ikerketa batzuk egin ostean Konstituzioaren Egileek gai hauei buruz zeukaten iritzia ezagutu ahal izan dugula, eta, beren ustez, lege ambiguo bat interpretatzerakoan asmo zehatzek erabakigarriak izan beharko luketela. Alegia, etorkizuneko epaileek, Konstituzioa interpretatzerakoan zailtasunak balituzte, Egileek justizia eta berdintasunari buruz zeukaten ikuskerei begiratu beharko lieketela, epaileei ikuskera horiek eskasak iruditu arren. Konponduko al liguke honek arazoa? Hau ote da gure epaile eta agintariek erabili beharreko asmo konstituzionalaren ikuskera?

Konstituzioaren Egileek praktika judizial egokiei buruz zeukaten iritzia beren asmo “interpretatzaile” orokorrak direla esan genezake. Aurreko zatian azaldu dudak bezala, Konstituzioko xedapenen “ildo nagusien” alde bozkatu zuten kide eta kongresistek ez zeukaten argi eta garbi asmo zehatzen aldekoa zen asmo interpretatzailearik. Ezerk ez du adierazten Konstituzioaren Egileen nahia kongresistek eta Estatuko ordezkariak Egileek prozedura zuzenari, berdintasunari, krudeltasunari, ongi dagoenari edo gaizki dagoenari buruz zeukaten ikuskerei jarraitzea zenik¹⁶. Zera da kritikatu nahi dudana: Konstituzioa interpretatzeko modurik “zehatzena”, Egileen nahiak hobekien errespetatzen dituen delako. Kritikariek diote ez daukadala hori esateko inolako probarik¹⁷. Baina hori esatea gehiegizkoa da. Behar adina proba dauzkat Emendakinak darabiltzan hitzetan. Ezinezkoa da berdintasun eta justiziari buruz dauzkaten ikuskera pertsonalak –okerrak izan arren– errespetatu egin beharko liratekeela pentsatzen duten pertsonak, arauak formulatzeko orduan, berdintasun eta justizia hitz orokorrak erabiltzera mugatzea. Argi dago ezin zituztela arau horien aplikazio guztiak xehetasunez zehaztu, baina bai aukera zeza-

16. DWORKIN. *Taking Rights Seriously*, 133-136 orr.

17. Ikus, besteak beste, MUNZER eta NICKEL, 15. orri oinean.

ketela beren ikuskera pertsonalak apur bat zehatzago jasoko zituen formulazioren bat, edo behintzat hitz horiek aipatzera mugatu baino zerbait gehiago egin. Hizkuntzalaritzan oinarritzen direnez at, ez da erraza nire tesi hau oinarrituko duen probarik aurkitzea. Nolanahi ere, ez dirudi nire kritikariek beren tesiak oinarritzeko probarik dutenik.

Beraz, tinko jarraitzen dut nire iritziarekin prozedura zuzenaren, ezohiko zehapen krudelen eta babes berdintasunaren alde bozkatu zutenei dagokienez: gizartearen etorkizuneko ordezkariak Konstituzioaren exigentziak nola arautuko zituzten aurreikusi baldin bazuten, beren asmo abstraktuak errespetatzea nahiko zuten ziurrenik. Baina nik uste dut beste bat dela kritikatu nautenek egin duten hankasartzea: nola edo hala eman nahi diote garrantzia Konstituzioaren Egileen asmo interpretatzaileari.

Brest bat dator nire kritikariekin, esanez Konstituzioaren Egileen asmoak izan behar baldin badu gure gidari nagusia, hauen asmo interpretatzaileek erabakigarriak izan beharko dutela, beren asmoaren zein ikuskera erabili ez dakigunean; esaterako, ez daukagunean argi kontuan hartu beharrekoa beren asmo abstraktua edo zehatza den. Bresten esanetan, Konstituzioaren Egileen asmoa aurkitu eta aplikatzeko ahaleginetan dabilenak egin beharreko lehendabiziko gauza, haien asmo interpretatzailea aurkitzea da¹⁸. Zergatik? Demagun, arrazoi juridiko edo politikoak medio, erabaki dugula epaileek, Konstituzio Zuzenbidea behar bezala aplikatu ahal izateko, Egileen asmo abstraktuak aurkitu eta aplikatu behar dituztela, horretarako moralitate politikoko erabakiak hartu behar badituzte ere. Orduan, Egileek gure lekuan erabaki desberdin bat hartuko zuketela ikusten dugu. Eta zer axola du? Zergatik ezin dugu esan teoria politikoari buruzko puntu konplexu batean elkarren aurkakoak direla gure eta haien ikuspuntuak? Zergatik alboratu beharko genituzke gure argudioak, onak izanez gero? Beste garai bateko pertsona batzuk ez ziratekeelako ados egongo?

Honako erantzun hau tentagarria gerta dakiguke: “Onartu egin behar dugu Egileek gai honen inguruan daukaten iritzia, beraiek izan zirelako Konstituzioa egin zutenak, eta interpretatzeko orduan beren ikuskerak hartu beharko genituzke kontuan, ez gureak”. Erantzun hau, oster, erabat onartezina da. Nire ustez, oinarri politiko bat behar du asmo konstituzionalaren ikuskera orok, beste guztiak baino hobea den ordezkartza gubernatiboaren teoria, adibidez. Asmozaleek erantzungo dute esparru neutraletan ere berdindin defenda daitekeela teoria bat, eta asmo zehatza abstraktuari gailentzen zaiola ere horrelaxe defenda daitekeela. Baina Konstituzioaren Egileen asmo zehatzak errespetatu behar direla esaterakoan, azkenik ez duen istorio batean murgiltzen gara.

Izan ere, ongi desberdindu behar ditugu Konstituzioaren Egileen asmoetara jotzeko dauzkagun zioak eta testuan zehar aurkitzen ditugun asmoak. Argi dago ezin dugula Egileen asmoaren bilaketa justifikatzeko haiek hala egitea nahi zutenik esan; “argudio” horrek ez du inolaz ere balio. Baina asmo konstituzionala definitzen saiatzean, jatorrizko asmo horretara itzultzearen zergatia justifikatu nahi izaten dugu, eta ez asmoaren edukia. Asmo kolektiboaren zentzua edo izaera finkatu nahian gabiltza, besteetan baino zehaztasun handiagoz. Baina, lehen aipatutako azkenik gabeko istorioan murgildu ezean, ez daukagu esaterik asmoaren zentzu edo izaera bat besteak baino hobea denik, hala zelako asmo horien sortzaileen iritzian. Inork esango balu epaileek asmo abstraktuari begiratu beharko lioketela, hori zelako Egileek nahi zutena, oker dabilela esan beharko genioke; ez zela hori nahi zutena. Baina ez da hori guk esan nahi duguna. Konstituzio Zuzenbideko praktika zuzenenei buruzko teoria orokorretatik atera genituen gure argudioak, eta, beraz, ez da bidezkoa Konstituzioaren Egileek gai horren inguruan ikuspuntu desberdinak zeuzkatela pentsatzea.

Arazo garrantzitsu bat datorkigu orain. Konstituzio Zuzenbideari buruzko teoria guztietako zati batek independentea izan behar du Konstituzioaren Egileen asmo, uste zein ekintzekiko; doktrina moral eta politiko autonomo batean oinarritu behar du; bestela, azkenik gabeko istorio batean murgilduko litzateke. Erabaki orokorrak hartzeko teknikarik

18. BREST, 4. orri oina.

onena gehiengoaren borondateari begiratzea dela dioen teoria bezalakoa izango litzateke, zergatik eta gehiengoak hori nahi duelako. Hori dela-eta, bi maila bereiz daitezke teoria konstituzionaletan: lehenengo mailak dio noren uste, asmo edo ekintzek bultzatzen duten Konstituzioa sortzera. Bigarren mailan bakarrik begiratu die teoriak lehenengo mailan deskribatutako ekintza, asmo eta usteei, gure Konstituzioak zer dioen argitzeko. Lehenengo mailak –bigarrenarekiko independentea– baldin badio Konstituzioak zer esaten duen jakiteko Egileen asmo abstraktuei begiratu behar zaiela, ezin izango dugu iritzi hori gaitzetsi, Egileek bestela pentsatzen zutela jakin arren. Teorialariei dagokie lehenengo maila, ez Konstituzioaren Egileei.

Egileen asmo interpretatzaileei begiratu beharraren ustea oso zabalduta dagoelako ari naiz puntu hau hain sakonki aztertzen. Inguruabar batzuetan argi ikusiko ahal izango lirateke uste horren funts gabezia eta kontraesanak. Demagun Egileen asmoa aztertzeko erabakia hartu dugula, baina, asmo konstituzionalari buruz zeuzkaten teoriak ikertutakoan, zera jakin dugula: Egileen ustez, ez liratekeela beren usteak kontuan hartu beharko. Konstituzioa, bertan jasotako hitzen “esanahi arruntaren” arabera interpretatu beharko zatekeela pentsa zezaketen, adibidez, Egileen asmoei edo beste egoera psikologikoei begiratu ere egin beharrik gabe. Edo, demagun erabaki dugula kide eta kongresisten asmoez gain, berrespen prozesuan parte hartu zuten ordezkarienak ere hartu beharko liratekeela kontuan, baina azken hauen asmo interpretatzaileei begiratzean ikusi dugula, gure lekuan, kide eta kongresistak bakarrik hartuko zituzketela kontuan, ez beraiek bezalako jendea. Bi adibide hauek ikusita, ez dugu pentsatu behar lehentxeago kontuan hartzea erabaki dugun asmoei begiratu ere egin beharko ez geniekeenik. Gure teoria konstituzionalaren lehenengo mailak arrazoi onak ematen baldin badizkigu Egileek prozesu zuzenari, babes berdintasunari edo Konstituzioko beste xedapenei buruz zeuzkaten asmoak kontuan hartzeko, ez dugu esaterik izango Egileek ez zituztela gure arrazoiak ontzat joko. Baina ez pentsa egokiagoa denik Egileen asmo interpretatzaileetara asmo abstraktua eta zehatzaren arteko hierarkia ezartzeko jotzea, beren asmoak kontuan hartu beharko ote liratekeen erabakitzeko jotzea baino.

Hitz bitan esanda: asmo konstituzionalari buruzko teoria bat sortzerakoan, asmo horren formulazio abstraktuaren eta zehatzaren artean aukeratzea da pausorik garrantzitsuenak. Kontua ez da Egileek bi asmo horien arteko zein zeukaten jakitea, biak zeuzkaten-eta. Eta ezin dugu, ezta, ebidentzia historikoetan oinarritu eta Egileentzat garrantzitsuenak beren asmo zehatza zenik ere esan. Aski da Konstituzioak darabiltzan hitzei behatzea, Egileen ustez kontuan hartu beharreko bakarra ez dela beren asmo zehatza ikusteko. Hala ere, hau guztia ez da hain garrantzitsua, azken finean ez baita beren asmoetara jo behar kontuan hartu beharreko asmoa zein den jakiteko.

Asmo legeak edo konstituzionalaren ideiak interpretazio natural eta bakar bat ez daukala azaltzeko eman dut arazo eta irtenbideen zerrenda luze hori; beraz, ezin da esan Egileen asmoaren edukia historiak, psikologiak edo beste alderdiren batek bakarrik finkatzen duenik. Jurista eta epaileek desberdin interpretatzen dute ideia hori. Interpretazio orok –eta, beraz, Egileen asmoen ikuskera orok–, teoria politiko batean oinarritu beharko du, ez azterketa historiko, semantiko nahiz kontzeptualetan; esaterako, ordezkariak gubernetiboaren teoriarik onenarekin hobekien ezkontzen den teoriaren batean. Baina orduan ezingo genuke hasieran adierazitakoa esaten jarraitu; alegia, epaileek, Konstituzioan oinarritzen direnean, eta Egileen asmoak aurkitu eta aplikatuz, erabaki apolitikoak hartzen dituztela. Izan ere, epaileek ezin dute Konstituzioaren Egileen asmoa aurkitu, aurrez asmo horri buruzko teoriaren bat sortu edo hartu gabe; hots, hasieran ekidin egin nahi zuten erabaki politikorik hartu gabe.

Hauxe erantzun geniezaioke azken ondorio horri: “zure ikuspuntua teknikoki ona da, baina puztu egin duzu. Beharbada, berezko asmo konstituzionalaren ideia ez da hainbestetan uste den bezalako gai historiko neutral bat. Agian aukera politikoren bat egin beharko da berezko asmoaren teoria baten ordezkari bat aukeratzeko. Baina ez dira erabaki politiko mota hauek “berezko asmoen” eskolek ekidin nahi dituztenak; aitzitik, epaileak arauen edukari buruzko erabaki politikoetatik alden daitezela nahi dute: abortua debekatu egin beharko litzatekeen edo ez, hiltzaileak heriotzara kondenatu beharko liratekeen edo ez, ustezko delitugileei galdeketa abokaturik gabe egin lekiekeen edo ez, eta abar. Behin eta berriro adierazi duzun bezala, Egileen asmoari buruzko teoria bat aukeratzeko ez ditugu mota horretako gaiak aztertzen, baizik eta demokrazia

motarik onena zein den, eta nahiz eta teoria politikoaren arloa izan, eta agian baita polemikoa ere, ez da arauen edukiari buruzko erabakien ingurukoa. Beraz, “berezko asmoaren” eskolak zure argudio guztiak onartu ahal izango lituzke, bere aldarrikapen nagusiei uko egin beharrik gabe”.

Erantzun honek bere auresupostuak kontraesaten ditu. Epaileek, prozeduraren irtenbideak bilatzeko, asmo konstituzionalari buruzko teoria bat aukeratu behar izan arren, aukeratutako teoria horrek arauen edukiari buruzko erabakiak hartzera behar ditzake. Hau argi ikus daiteke, adibidez, asmoaren formulazio abstraktuaren eta zehatzaren arteko aukera egin behar denean. Epaileek gehiago begiratzen baldin badiote asmo abstraktuari zehatzari baino, Konstituzio demokratiko baten abstrakzio maila egokiena zehazten duen prozeduraren teoria batengatik izango da beharbada. Baina asmo konstituzionalaren teoria honi jarraitzen dioten epaileek abortua debekatzeak berdintasun printzipioa urratzen duenentz erabaki behar dute, edota heriotza zigorra krudel eta ezohikoa den; horrela baino ezin dute berezko asmoa delakoa aplikatu.

Nolanahi ere, interesgarria da eman dudana erantzuna, nire artikuluko bi gaiak zeinen lotuta dauden adierazten baitu: edukiari buruzko erabakiak ekiditeko saioak dira biak, dela prozeduraren, dela asmoaren nozioaren aitzakiari helduz. Edukiari eta prozedurari dagozkien gaien arteko bereizketa bertan behera utzi beharko litzatekeen arren, asmoetara jotzeak ez lituzke edukiari buruzko gatazkak ekidingo. “Berezko asmoaren” eskolaren jarraitzaileak ohartuko balira asmo konstituzionalaren zenbait teoriak epaileak funtsari buruzko erabakiak hartzera behartzen dituztela, eta teoria hauen arteko bat aukeratzea bera ere funtsari buruzko erabaki bat dela, ez lirateke beren jarrera justifikatzeko gai izango, ezta asmo zehatzei bakarrik begiratuko liekeen teoria baterako argudio politikoak bilatuta ere. Ordurako galduta edukiko lukete apustua.

Artikulu honen hurrengo zatian, edukiari eta prozedurari dagozkien gaien arteko desberdintasuna –“berezko asmoaren” eskolaren oinarria– ilusio bat besterik ez dela ikusiko dugu. Baina solte utzitako hariari heldu eta laburpen hau bukatuko dut lehendabizi. Teoria konstituzional “interpretatzaile” eta “ez interpretatzaileen” arteko bereizketak ezertarako balio ote zuen galdetzen nuen, “interpretatzailea” Egileen asmoan oinarritzen dena izanik. Bada, bereizketa hori nire ustez ez da aproposa, bi arrazoigatik: lehenengo, ia teoria konstituzional guztiak oinarritzen direlako berezko asmoaren teoriaren batean. Teoria “ez interpretatzaileak” berezko asmoen formulazio abstraktuan oinarritzen direnak dira –edo, argudioaren muina aldatu gabe, oinarri hori indartzearen erraz berrius dai- tezkeenak–. Oker ibiliko ginateke beren argudioa berezko asmoaren inolako teoriatan oinarritzen ez dela esango bagenu.

Bigarren arrazoia are garrantzitsuagoa da. Edukiaren eta prozeduraren bereizketari jarraiki, argudio batzuk teoria “interpretatzaileen” aldekoak izango dira, eta beste batzuk “ez interpretatzaileen” aldekoak. Baina ez dirudi horrek zentzu gehiegi izango lukeenik. Konstituzio Zuzenbideari axola zaiona ez da Konstituzioa egin zutenen asmoa kontuan hartu beharko ote litzatekeen edo ez jakitea, baizik eta zeintzuk diren kontuan hartu beharreko asmoak. Galdera honen erantzuna konplexua izango da nahitaez, asmo konstituzionalaren teoria oro erabaki desberdin ugariz osatuta dagoelako, eta nik gutxi batzuk baino ez ditut deskribatu. Esan dezakegu, adibidez, erantzunik onena demokraziaren ikuskerarik onena ematen diguna izango dela, baina horrek ez lituzke teoria konstituzionalak bi talde handitan banatuko, ez eta klase baten aldeko eta bestearen aurkako argudioak emango. Teoria bat besteetatik bereizten laguntzea besterik ezin dugu espero galderarengandik. Konstituzio Zuzenbideak ez du ezer gain-gainetik deskribatzen.

Prozedura

Estatu Batuak demokratikoak direla dio Konstituzioak. Gure sistema konstituzionalaren interpretazio batek berak ere ezin du hori ukatu. Honek ezproiak eta balaztak, biak ezartzen dizkio berriuspen judizialari. Demokraziak, ezer esan nahi izatekotan, esan nahi du hobe dela balore politikoaren edukia jendearen ordezkariak aukeratzea, aukera-

tuak izan ez diren epaileek baino. Berrikuspen judizialak, beraz, ezin du oinarritu epaileek antisorgailuen salmenta debekatzen duten legeek pribatutasunerako eskubidea urratzen ote dutenaren inguruan daukaten iritzian, adibidez. Horregatik zen bidegabeta *Griswold* prozesua, eta berdin *Roe versus Wade* eta *Lochner* prozesuak ere¹⁹. Liberalek onartu egiten dituzte lehenengo bi epaiak, baina arbuia egiten dute hirugarrena, eta kontserbadoreek alderantziz. Baina berrikuspen judizialaren teoria on batek –printzipio demokratikoekin bat datorren teoria bakarra– hirurak gaitzetsi behar ditu, esanbidez nahiz isilbidez edukiarekin lotutako prozedura zuzenaren ideian oinarritzen den edozein erabaki baztertu behar baitu.

Baina printzipio demokratikoei leial izateak Auzitegi Gorenak edukiari buruzko erabakirik ezin duela hartu esan nahi baldin badu, Auzitegiak demokrazia babestu behar duela ere esan nahi izango du. Zehatzago esanda, Demokraziak behar bezala funtzionatu duela bermatu behar du Auzitegiak, segurtatuz –Stone epailearen hitzak erabiliz– araudiak ez dituela “araudi arbuigarriak sortzea ekiditen duten mekanismo politikoak” mugatuko, ez eta “gutxiengoak babestera zuzendutako mekanismo politikoak²⁰” ere. Auzitegiak, beraz, zorrotza izan behar du adierazpen askatasuna babesteko orduan, eta bihozbera aurreiritzien aurrean, hala aritzearen esku baitaude demokraziaren baloreak”.

Horixe da Elyk *Carolene Products* prozesuari buruzko iruzkinaren zati bati buruz egiten duen interpretazioa²¹. Horixe da berrikuspen judizialari buruz daukan teoria; alegia, edukiari buruzko gaietatik aldentzeko hartu duen bidea. Hona hemen luzatzen dituen proposamenak: (1) Berrikuspen judizialak legegintza prozesua bera aztertu beharko luke, eta ez hainbeste prozesuarekiko independentea den emaitza. (2) Prozesu hori printzipio demokratikoekin bat datorrela aztertu behar du berrikuspenak. (3) Prozesuari begiratzen dion berrikuspenera bateragarria da demokraziako printzipioekin; edukiari edo ondorioari begiratzen diona, ordea, demokraziari aurkajarrita dago. (4) Hanka sartzen du Auzitegiak lege baten deuseztapena edukiari dagokion funtsezko balore batean oinarritzen duenean. Erabaki okerrak hartu zituen *Griswold* eta *Roe versus Wade* kasuetan, eta ez litzuke hankasartze horiek errepikatu beharko. Hauek dira Elyk bere liburuan banan-banan defendatzen dituen proposamenak.

Lehenengo proposamena benetan irmo eta zuzena iruditzen zait, baina gainerako hirurak, oster, oker eta engainagarriak, ilundu eta birrindu egiten dutelako lehenengoa. Berrikuspen judizialak prozedurari begiratu beharko lioke, baina ez gai politikoak ekiditearren –hala nola, norbanakoei zein eskubide dauzkaten erabakitzea–, baizik eta galdera politiko horiei erantzun zuzena ematearren. Demokraziaren ideia ez da erantzun horiek bilatzeko orduan lagungarriena suertatzen. Elyk eta beste autore batzuek deitoratu egiten dituzten “prozesu zuzenaren edukiari” buruzko erabakiak automatikoki debekatu behar izatearen zioa ez da berrikuspen judiziala prozesuarekiko isolatua den ondorioan egin beharrean prozeduran oinarritzen dela. Aitzitik, arreta prozeduran ipintzeak oinarri berri eta hobea ematen die hauetako erabaki batzuei.

Zera da adierazi nahi dudana: demokraziaren ideal abstraktuak ez diola prozedura aztertzen duen berrikuspen judizialaren Zuzenbideari prozeduraren ondorioak aztertzen dituenari baino sostengu handiagoa ematen. Aurrerago, prozedurari begiratzen dion berrikuspenari beste oinarri bat ematen saiatuko naiz, gehiengoaren borondateari eskubideak gainjartzen dizkion teoriari jarraiki. Nire ustez horixe da Elyk barru-barruan defendatzen duen argudioa, eta ez bere liburuaren izenburuan eta azalean azaltzen den demokraziarena.

Elyk behin eta berriro dio Auzitegi Gorenaren egitekoa demokraziako prozedurak kontrolatzea dela, eta ez prozedura horiei jarraiki hartutako arauen edukia berrikustea. Tesi hau onargarria litzateke baldin eta demokrazia kontzeptu politiko zehatz bat balitz,

19. *Griswold v. Connecticut*, 381 US 479 (1965) (Connecticut-en antisorgailuak saltzeko debekua bertan behera uzten duena). 410 US 113 (1973) (Texas-ko abortuaren aurkako legea bertan behera uzten duena). *Lochner v. New York*, 198 US 45; 1905 (New York-eko okinen gehienezko lanorduen legea bertan behera uzten duena).

20. *United States v. Carolene Prods. Co.*, 304 US 144, 152 (1938).

21. ELY, J. 3. orri oina.

horrela ez bailitzateke zalantzarik sortuko prozedura bat demokratikoa denentz erabakitzekoan, edota ohitura amerikarrak definizio bakar bat emango balio demokraziaren ikuskera bati, edota amerikar guztiak bat baletoz demokraziaren esanahiarekin. Baina, Elyk berak aitortzen duen bezala, ez da kasu hauetako bat bera ere ematen²². Beraz, bere argudioekin aurrera eginez, demokraziaren ikuskera zuzena bat bakarra dela suposatzea behar da –moralitate politikoaren ikuspegitik, “objektiboki” zuzenena litzatekeelako–, Auzitegiaren egitekoa ikuskera zuzen hori identifikatu eta babestea izango litzatekeelarik. Baina, Elyren kasuan, ez dirudi auresupostu hau “funtsezko baloreetan” oinarritzen diren berrikuspen konstituzionalaren teoriak gaitzestearekin bateragarria denik. Bere esanetan, Auzitegiak ezin du funtsezko eskubide politikoaren edukian sartu, ez dagoelako jendeak dauzkan funtsezko eskubide politikoaren inguruan ahobatasunik, eta, are gehiago, ezta hiritarrek eskubide horiek ba ote dauzkaten esateko ere. Posible al da Elyk demokraziaren definizio on bakar bat dagoela pentsatzea, definizio horren inguruan inolako ahobatasunik ez dagoela jakinik?

Baina hel diezaiozun orain beste gai bati: zergatik dagokio prozedurari demokraziaren kontzeptua, eta ez edukiari? Ea bada nahasketarik sortzen ez dudan. Ez dut galdetzen zeintzuk diren demokrazia kontzeptuaren osagaiak, baizik eta zein argudio erabili behar den demokraziaren ikuskera bat beste bati gailentzen zaiola esateko. Demokraziaren teoria batzuek definizioaren eremuan lekutzen dituzte aztergai ditugun puntuak. “Demokrazia herrikoia” teoriak, adibidez, dio ondasunak oso desberdin banatuta daudeneko gizarte bat ez dela demokratikoa. Winston Churchillek oso bestelako definizio bat eman zuen: demokrazia esan nahi du goizean goiz atea kos-kos jotzen duena esne saltzailea dela²³. Beste teoria batzuek diote demokrazia erabaki politikoak hartzeko prozedura bat dela, erabakiak edozein izanik. Hauentzat, hiritarrek politikan parte hartzeko modua finkatzen duten prozeduren multzoa da demokrazia –bozkatu, hitz egin, eskaerak luzatu eta presioa egiteko– prozedura hauek ez dietelarik demokratikoki hautatutako legegileei ez mugarik, ez pizgarririk ipintzen. Ikuspegi hau onartuko bagenu ere –prozedura oso modu zabalean ulertuta–, erabakitzeke geldituko litzateke zein prozedurek osatzen duten demokraziaren teoriarik onena.

Erabaki honi dagokionez, bi argudio mota bereiz ditzakegu. Demagun gisa honetako muga bat ipintzen dugula “irteeraren” eta “helmugaren” artean: irteera puntuko argudioek botereen banaketa idealean oinarritzen dute demokraziaren definizioa, dela jendearen eta hauek aukeratutako ordezkarien artekoan, dela jendearen beraren artekoan, baina, edonola ere, botereen banaketa horretatik eratorriko diren legeen justiziarikiko independente izanik. Helmugari dagozkion argudioak, ordea, horrelako aurreikuspen eta iritzietan oinarritzen dira hein batean. Har dezagun adibide ezagun bat: demokraziaren aldeko argudio erabilgarria, helmugari dagokion argudio bat da. Erabilgarritasunaren aldekoek honela definituko lukete Estatu demokratiko bat: norik bozka dezakeen, bozkatzeko eremuek zeintzuk izan behar duten, eta abar deskribatzen dituzten prozeduren multzoa. Baina, halaber, esango lukete ahalik eta erabilgarrien izango diren edukiari buruzko erabakiak emateko beste prozedurek baino aukera gehiago dauzkatelako direla prozedura horiek demokratikoak. Hortaz, demokraziaren ikuskerarik onenari dagokion prozedura zehaztu behar denez, epe luzera bere erabilgarritasuna zein izango den galdetu beharra dago; hots, helmugan zer gertatuko den.

Irteera eta helmuga puntuen arteko bereizketa garrantzitsua da Konstituzio Zuzenbidean. Auzitegi Gorenak demokraziari buruzko bere teoria propioa sortu behar baldin badu –ez duelako ez historian ez eta gaur egungo iritzien artean nahikoa zehatza denik aurkitzen–, logika demokratikoen artean baliagarriena iruditzen zaiona zein den erabaki beharko du, eta xede horrekin Auzitegi Gorenak irteera puntuko argudioren batera jo baldin badezake, orduan Elyk beregandik urrun ikusi nahi duen justiziaren edukiari buruzko galderak ekidin ahal izango ditu. Baina ezinezkoa baldin bazaio, hau da, demokraziaren aldeko argudio onargarri bakarrak helmugan oinarritzen baldin badira, orduan Auzitegiak aurre egin beharko die edukiari buruzko galderei. Kasu horretan kontraesan batean eroriko

22. Ikus ELY, J. (3. orri oina).

23. Ikus THOMAS, Hugh. *A History of the World*, New York: Harper & Row, 1979; 388 or.

litzateke Ely, izan ere, edukiari buruzko erabakiak ekidingo lituzke, bere erabakiak oinarritzeko demokraziaren ikuskerarik onenera joz. Behingoan, onartzen du Auzitegiak, epai politikoak emanez²⁴, bere kabuz zehaztu behar duela demokraziaren ikuskerarik onena. Elyk bi argudio besterik ez dauzka bere programaren alde: auzitegiak gai direla prozedura bat baliozkoa den edo ez erabakitzeko, baina ez ordea erabaki baten eduki politikoa epaitzeko; eta prozedurari buruzko epaiak demokraziako printzipioekin bat datozeela, ez osteria edukiari buruzkoak. Baina Auzitegiak ezin baldin badu prozedurari buruzko epairik eman –Elyk aholkatzen duena– edukiari buruzko epairik eman gabe –Elyk gaitzesten duena–, orduan bere argudioak bere teoria suntsitzen ariuko lirateke. Biziraun al dezake Elyren argudioak –edo *Carolene Products* prozesutik eratorriko beste edozein teoriak– kontraesan honen erdian, irteera puntuan oinarritzen den argudio bat proposatuz?

Ez dirudi halakorik gertatzeko aukera gehiegi dagoenik; ez behintzat demokraziaren nozio lauso eta orokor bat gorestekoa eta bertsio bat besteei gainjartzeko argudioak emateko adina indarra eman behar badiogu. Helmugako kasuek, normalean, behar adina indar daukate. Erabilgarritasun garbia gehiengoaren iritzia printzipioaren alde ari daiteke, baina baita xedapen guztiz zehatzen alde ere –hala nola, lurraldea zirkuns-kripzioetan banatzeari buruz, botoa emateko eskubidea adinaren edo beste irizpide baten arabera mugatzeari buruz, adierazpen askatasunari buruz, gutxiengoaren babesari buruz, eta abar–. Baina, non aurkituko genituzke orduan hauek adina indar daukaten irteera puntuko teoriak? Lehenengo begiratu batean, badirudi botere politikoaren banaketa egokiari buruz dauzkagun ideiak oso demokrazia mota lauso bat gomendatzera mugatzen direla, eta ideia hauek ez dutela demokrazia mota hori definitzeko balio.

Has gaitzen hasierako susmo hori frogatzen, Elyk demokraziaren funtzionamenduari buruz daukan bertsioaren alde ematen dituen argudioak aztertuz. Demokraziaren ikuskerarik onenak adierazpen askatasuna babesteko sistema bat aurreikusi behar duela dio, aldaketa politikoei ateak irekita utziko dizkiena. Zoritxarrez, Ely adierazpen askatasunaren inguruan interes eta gogo biziz jardun arren, adierazpen askatasuna jokoan legokeen kasuetan Auzitegiak erabakiak hartzeko aholku batzuk eman besterik ez du egiten. Bere aholkuak prozedurari buruzkoak direla dio –behin ere frogatu gabe, ordea–, ez arauen edukiari buruzkoak. Hala al da? Aski al dira irteerako argudioak demokraziak adierazpen askatasuna barnebiltzen duela esateko?

Teoria asko eta asko daude gai honen inguruan, guztiek azaldu nahi dutelarik zenbaterainoko garrantzia daukaten gobernuari hiritarren adierazpen askatasuna mugatzea debekatzen dioten arauak. Beharbada John Stuart Mill-en teoria da ezagunena, gisa horretako arauak gizartean epe luzera daukaten balioa azpimarratzen duena. Millek dio errazagoa dela gizartea antolatzeko –eta ongizate orokorra hobetzeko– baldintzarik onenak ideia askeen multzo batetik ateratzea, edozein zentsura motatik baino. Argudio hau, hala ere, helmuga puntukoa da, ez hasiera puntukoa, ez prozeduran oinarritutakoa –oso kasu zalantzagarria da gainera, baina hori beste kontu bat da–. Adierazpen askatasuna defendatzen duten beste teoriak, “funtsezko balioetan oinarritutakoak” direla dio Elyk. Bitxia bada ere, Millena da teoria hauen artean ezagunena. Bere iritzian, adierazpen askatasuna ezinbestekoa da gizabanakoen nortasuna garatzeko; jendearentzat berebiziko garrantzia omen dauka interes orokorreko gaiei buruz hitz egin ahal izateak, hori egin ezean ezingo bailukete nahi bezalakoak izan.

Bada adierazpen askatasunari buruzko beste argudio ezagun bat ere, lehenengo begiratuan irteera puntuan kokatzen dela dirudiena. Madison-ek esan bezala, jendea ez baldin badago ongi informatuta, iruzurra edo, okerrago, autokaltegarria da demokrazia, adierazpen askatasuna funtsezkoa baita gizarteari beharrezko informazioa eman eta benetako demokrazia izateko²⁵. Honen antzeko argudio bat erabili du duela gutxi Brennan magistratuak adierazpen askatasunaren inguruko *Richmond Newspapers* kasuan, demokraziaren egitura oinarrituz. Madisonen argudioa ez da pertsonen arteko berdintasun politikoari buruzkoa, baizik eta jendeari, multzo bezala, bere ordezkariak

24. Ikus “Commentary”, In: *New York University Law Review*, 56, 1981; 525, 528 orr. Ikus ELY, J. 3. orri oina.

25. HUNT, G. *Writings of James Madison*, 1910.

aukeratzeko eta behin hautatu ostean horiek kontrolatzeko boterea emateari buruzkoa, horrela jendeak benetan nahi duena lor dadin, eta ez une horretan boterean daudenek nahi dutena. Teoria hau *demos*-aren botere politikoa hobetzera zuzentzen da, ez *demos* horretako pertsona bakoitzari zama politikoa berdina ematera.

Nolanahi ere, argudio eskas samarra da Ely eta beste autore batzuen ustez Lehenengo Emendakinean barnebiltzen den adierazpen askatasunaren handitasuna justifikatzeko. Liburu honetako 19. atalean saiatu naiz zergatia azaltzen. Demokratikoki hautatutako legegileen boterearen hertsapenak murriztu egiten du legegile horiek hautatu zituen jendearen zama politikoa; izan ere, pertsona batek botere politikoa daukala, erabaki politikoak berak nahi bezala hartzeko aukera daukanean esaten da. Demagun marxismoaren aldeko libururik ez argitaratzea nahi duela gehiengoak, baina Konstituzioak ez diola hori ohiko bide politikoen bidez egiten uzten. Argi dago debeku konstituzional horrek gutxitu egiten duela gehiengoaren zama politikoa. Esan dezakegu gehiengoak ez daukala bere interesak zentsuraren bidez babesteko eskubiderik, horrek balore berri batzuk bultzatzeko gehiengo berri bat osatu ahal izatea galaraziko bailieke gainerakoei. Baina, agian, gizarte demokratikoetako kide bakoitzak nahiago izan dezake informazio gutxiago jaso eta, ondorioz, daukan iritzia aldatzeko aukerak gutxitu, une horretan berak bezala pentsatzen dutenek beren iritzia alda ez dezaten. Beraz, gehiengoaren zama politikoa murriztearen aldekoa da gehiengoak iritzia zentsuratzeko eskubiderik ez daukala dioten argudioa.

Hona Madisonen argudioa interpretatzeko modu bat: egia da zentsurari buruzko hertsapen konstituzionalak jendearen zama politikoa murrizten duela, baina, beste alde batetik, handitu ere egiten du, informazio zabalagoa garatzeko aukera ematen duelako. Nolanahi ere, gauza bakar bat adierazten du honek: adierazpen askatasunaren babes konstituzionalak botere politikoa galdu arren, beste nonbaitetik irabaziko du. Ezin da jendearen zama politikoa oro har beti irabazten ateratzen denik pentsatu. Jendea oro har ongi informatuta baldin badago, edo behintzat zentsuraren bidez zer lor edo gal lezakeen jakiteko adina informazio baldin badauka, orduan adierazpen askatasunaren babes konstituzionalak gutxitu egingo du gehiengoaren zama politikoa. Baina orduan ere zalan-tzak sortuz gero, zera adierazi nahi izango luke espiritu demokratikoak: informazio gehi-go eskuratzearren zama politikoa galtzeak merezi ote duenaren inguruan gehiengoaren borondatea zein den ikusi beharko litzatekeela zenbaitero.

Beraz, ezin da adierazpen askatasuna jendearen zama politikoa handitzeko asmoa daukan edozein irteera puntuko argudioaren bidez justifikatu. Edonola ere, zentzuzkoagoa dirudi norbanakoen zama politikoa handitu nahi izateak, jendeari ahalik eta zama politikorik handiena eman nahi izateak baino. Literatura marxistaren inguruko argitalpenak debekatuko lituzkeen lege batek murriztu egingo luke hiritarren zama politikoa-ren berdintasuna; orduan, horrelako legeak debekatuko lituzkeen agindu konstituzional batek, gehiengoaren botere politikoa oro har murriztu egingo lukeen arren, hobeto banatuko luke botere hori. Irteera puntuko argudioen artean, beraz, adierazpen askatasunaren aldeko beste bat aurki dezakegu: jendeari, berdintasunez, ahalik eta botere politiko gehiena ematean datza demokrazia, adierazpen askatasuna beharrezkoa izanik berdintasun hori lortzeko.

Demokraziaren teoria berdinazale horrentzako botere politikoaren neurgailu bat behar dugu orain, baina ez dago argi zein erabili beharko genukeen. Lehenik eta behin, kontuan hartu behar da botere politikoa berdintasunez banatzeak esan nahi duela pertsona bakoitzak besteek adina aukera edukiko dituela erabaki politikoetan eragiteko (bozkatzeko, kongresistei idatzeko, kexak aurkezteko, gai politikoei buruz hitz egiteko, eta abar). Batzuek presio egiteko mekanismorik edukiz gero, denek eduki beharko dute. Honen aurrean, galdera bat sortzen da berehala: ez ote dago arriskuan berdintasun hori? Izan ere, besteak baino aberatsagoak diren batzuek aldizkarietan iragarkiak ipintzeko, kanpaina politikoetarako dirutzak emateko eta abar egiteko aukera daukaten bitartean, besteek ez daukate bizitza politikoan eragiteko baliabide ekonomikorik. Saia gaitezen zailtasun hau eskubidea bera eta eskubide horrek daukan balioa ezberdinduz gairatzen²⁶. Hasteko, esan dezakegu berdintasun

26. John RAWLSek egindako bereizketa. RAWLS, J. *A Theory of Justice*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1971; 204-205 orr.

politikoa egoteko beharrezkoa dela jende guztiak erabaki politikoetan eragiteko aukera berdina izatea eta oztopo juridikoak guztiei berdin aplikatzea, kontuan hartu gabe berdintasun politikoa egoteko beharrezkoa ote den norberak bere aukerei balio berdina ematea.

Teoria marxisten adierazpenak debekatzen dituen lege batek urratu egingo al luke berdintasun politiko hori? Demagun norbaitek dioela legeak erabaki politikoetan eragiteko aukerak debekatzen dituela, baina pertsona guztiei debekatzen dizkiela oster. Anatole France-k adierazitakoa bezalakoa litzateke: Frantziako legeak berdinzaleak zirela zioen, aberats nahiz behartsuei berdin debekatzen zietelako zubien azpian lo egitea²⁷. Baina, zer da bada argudioari lepora dakiokiena? Hobe al da akaso *Cohen* prozesukoa (pikutara errekrutazioak!)²⁸? Soinean mezu iraingarriak eramatea debekatzen duen legeak eragotzi egiten dio Coheni bere argudio politikoak adieraztea, baina bere aurkari politikoei ere debekatu egiten die beren arropa marradunetan “pikutara Karl Marx!” mezua eramatea. Hitz bitan esateko, Auzitegi Gorenak Coheni eman zion arrazoia, erabilitako bitartekoa, eta baita estilo erretorikoa ere, mezuaren zati zirela esanez. Horixe bera da Elyk Auzitegiaren erabakiaren alde dioena. Baina edozein eztabaida politikotan egongo litzateke Cohenen bitartekoak eta erretorika erabiltzearen aldeko norbait, eta, ondorioz, lur jota utziko luke anti-*Cohen* arau batek.

Anti-*Cohen* arau batek hiritarren zama politikoaren berdintasuna urratuko lukeela duela iruditzen baldin bazaigu, lehentxeago behar baino lehen albo batera utzi dugun ideia itzuli beharko genuke. Onartzen dut zama politikoaren berdintasunak kontuan hartu beharrezkoa ez dela soilik jendeak zein aukera dauzkan, baizik eta baita jendeak aukera horiei zein balio ematen dien ere. Sistema politikoaren aurka daudenei, beren desadostasuna nahi duten bezala adierazteko eskubidea eman behar zaie, adierazpen askatasunak balio bera eduki dezan pertsona horientzat nahiz burgesentzat. Adierazpen askatasunari ematen dioten balioa hartu behar dugu kontuan; baita lehen azaldu dudak kasuan ere. Literatura marxista debekatuko lukeen lege bat zama politikoaren berdintasunaren aurkakoa izango litzateke, izan ere, marxistei beste edonork esan dezakeena esateko askatasuna ematen dien arren, murriztu egiten du marxistek adierazpen askatasunari aitortzen dioten balioa; are gehiago, marxistentzat ez du inolako baliorik izango. Marxismoak sekula erakarriko ez dituenentzat eta marxisten iritzia entzuteko interesik sekula izango ez dutenentzat, halere, horrek ez dio adierazpen askatasunari inolako baliorik kenduko.

Arriskua agerian gelditzen da, adierazpen askatasuna irteera puntuko argudioetan oinarrituz defendatu ahal izateko norbanakoek askatasun honi aitortzen dioten balioa aztertu behar dela onartuz gero. Izan ere, ondorioetan oinarritzen da aukera batek daukan balioa neurtzeko modurik naturalena, ez prozeduran. Prozesu politikoetan parte hartzeko eskubideak bi pertsonentzat balio bera izan dezan, beharrezkoa da biak berdin errespetatzea eta bien interesak kontuan berdin hartzea; eta ez ordezkari politikoak hautatzerakoan bakarrik, baizik eta baita ordezkari horiek erabakiak hartzeko unean ere. Baina, orduan, adierazpen askatasunaren defentsak —edo demokraziaren ikuskera bat besteen artetik desberdintzeko balio duen beste edozein ezaugarri— helmugako argudioetan oinarritu behar duela dirudi. Sistema batek pertsona guztiei aukera berdina ematen ote dizkien jakiteko, prozesuaren bukaeran legediak pertsona guztiak berdin tratatzen ote dituen ikusi beharko da.

Baina ez dago inolako adostasunik legedi batek pertsonak berdin tratatzen ote dituen jakiteko erabili beharreko irizpideei dagokienez. Legediak pertsona guztiak berdin tratatzen baldin baditu, aukera erabilgarri guztiak pertsonen artean bereizketarik egin gabe neurtzen baldin baditu, lehentxeago demokraziaren aldeko kasu erabilgarri huts gisa deskribatu dudana izango genuke aurrean, eta horixe izango litzateke demokraziaren definizioen artean aukeratuko genukeena. Ez baldin bageunde berdintasunaren bertsio erabilgarri horrekin ados, legeek funtsezko eskubide batzuk ez errespetatzean

27. FRANCE, A. *The Red Lily*, 1908; 95. or.

28. *Cohen v. California*, 403 US 15 (1971).

pertsonak desberdin tratatzen dituela pentsatuko bagenu, mekanismo politikoek botere politikoa berdintasunez banatzeko dauzkaten moduak epaitzen arituko ginateke. Baina honek esan nahi du epaileek –beren funtzioa demokraziaren ikuskerarik onena aurkitu eta babestea izanik– ezin diotela Elyk ekidin egin nahi dituen moral politikoari buruzko erabakiak hartzeari utzi: gizabanakoen eskubideen edukiari buruzko erabakiak. Epaile batzuek pentsa dezakete gizabanakoen eskubideen galderaren erantzun zuzena erabilgarritasunak ematen duena dela –hau da, gizabanakoek ez daukatela inolako eskubiderik–, baina hori ere moral politikoaren edukiari buruzko erabakia litzateke, eta beste epaile batzuk ez lirateke horrekin ados egongo. Beraz, demokraziaren ikuskerarik onena defendatu behar izateak ez ditu norbanakoek dauzkaten eskubideen izaera zehaztu behar izatek libratuko.

Beha dezagun arazoa kontrako aldetik; alegia, demokraziak zer suposatzen duen eta gizabanakoek zein eskubide dauzkaten galdetu beharrean, egin dezagun zuzenean azken galdera. Hasteko, Elyren bigarren kezka nagusira jo dezakegu: arrazen arteko berdintasunera. Demagun gizarte batean hain daudela zabaldua aurreiritzi arrazistak, jende gehienari poza emango lioketela mespretxatutako arraza desabantailan jartzeko sortutako legeek. Erabilgarritasun hutsa –eta gehiengo hutsa– bat letorke lege hauekin, lege hauek berdintasunez hartzen dituztelako kontuan hiritar guztien nahiak, bereizketarik egin gabe, eta nahi horien izaera edo jatorriari begiratu gabe. Epaile batek berdintasunaren bertsio erabilgarria erabiliz gero, onartu beharko du beltzak ekonomikoki desabantailan ipini nahi dituen legeak –adibidez, zenbait lanbidetan aritzea debekatuz– berdintasunez tratatzen dituela beltz guztiak. Ezin du horrelako legeak gaitzesteko berdintasunean edo demokraziaren teoria berdinzaleetan oinarritu.

Baina jakin badakigu halako legeek ez dituztela beltzak berdintasunez tratatzen. Orduan, zein teoria berdinzaletan oinarri gintezke? Nire ustez, aukera bat egin behar dugu lehendabizi. Esan dezakegu lege hauek, beltzen funtsezko interes bat urratzen dutenez, ez direla berdinzaleak, eta beltzen interes hori, hain garrantzitsua izanik, ez litzatekeela erabilgarritasunaren esku utzi behar. Horrek legediaren ondorioetara eramango gintuzke, legegileek legedi hori sortzeko izan dituzten arrazoiei begiratu gabe. Baina, orduan, kaltetutako interesa zein den eta zergatik den funtsezko azalduko digun teoria bat beharko dugu. Interes ekonomiko bat al da? Gizabanako bakoitzak besteek adina aukera izateko daukan interesa al da? Taldeak beste gizataldeek adina aukera edukitzeko interesa al da? Zergatik dira aipatutako horiek funtsezko interesak? Gizabanakoen interes asko interes orokorrari menpekotuta egongo dira beti: zenbait negoziotan, batzuk aberastu egiten diren bitartean, pikutara joaten dira beste batzuk, gizarteak horrela hobera egingo duela esaten duten erabaki politikoak medio. Zergatik eman behar zaie trataera hobea arrazagatik diskriminatzen duten legedietako interesari? Ez behintzat ongizate orokorraren izenean zapaltzen direnean jendeak interes hauei kontu gehiago ipintzen dielako edo gehiago sufritzen duelako. Azken puntu hau ez dago batere argi. Edonola ere, erabilgarritasun hutsak kontuan hartuko luke sufrimendu edo preferentzia argi hau. Interesak zapaltzen baldin badira, nolatan merezi dute ezohiko babesa?

Ez zait iruditzen horrelako galderei erantzun on bat eman dakiekeenik; beraz, goazen bigarren aukera aztertzerara. Arrazan oinarrituz diskriminatzen duten legeak berdintasunaren aurkakoak direla argudia dezakegu; ez interes garrantzitsuak kaltetzen dituztelako, baizik eta onartezina delako gobernuak babestu beharreko interes edo lehentasunen artean aurreiritziak egotea. Legediaren akatsa, beraz, justifikazioan dago, ez ondorioetan. Onartzen dugu ondorio ekonomiko berberak dauzkaten legeek inguruarbar desberdinetan izan dezaketela beren justifikazioa. Demagun gizarte batean ez dagoela arrazari buruzko aurreiritzirik, baina beltzak desabantailan ipintzen dituzten legeak oro har onuragarriak direla gizartearentzat. Lege hauek ez lirateke izango atzerriko auto inportatzaileentzat edo atzerrian bizi diren amerikarrentzat desabantailak aurreikusi eta gizarte amerikararentzat oro har onuragarriak diren legeak baino bidegabeagoak. Gure kasuan, arrazagatik diskriminatzen duen legedia bidegabekoa da justifikazio guztiak aurreiritzietan oinarritzen direlako, eta ez zaigulako iruditzen halako legedia sortu duen organo legegilea aurreiritzirik gabe aritu denik.

Bigarren argudio honek oztopoak gainditu eta berrikuspen judizialari oinarri egoki bat ematen diola esango nuke, eta emateko gai den bakarra da beharbada²⁹. “Prozeduran” edo *Carolene Products*-en oinarritutako justifikazio bat da, eta Konstituzioak prozedura zuzenari eta babes berdintasunari buruz jasotzen dituen arauetako batzuek galarazi egiten dute legedi bat aplikatzea, baldin eta legediaren motibazioak –ez ondorioak– gaitzesgarriak badira. Teoria honetan oinarritzen da Ely, berak besterik esan arren.

Baina hanka sartuko genuke –Elyk bezala– epaileek berrikuspen judizialaren teoria hau moralitate politikoko edukiari buruzko galderei aurre egin gabe aukeratu edo aplikatu dezaketela pentsatuko bagenu. Aitzitik, erabilgarritasun hutsa onartezina dela adierazi behar dute, eta jendeak erabilgarritasun optimoaren gainetik dauden eskubideak dauzka. Elyren ustez, ordea, epaile eta legelariak hartu beharreko erabakiek prozedurari buruzkoak izan beharko lukete, ez beste arlo hauei buruzkoak. Bere ustez, demokrazia batean gehiengoak hartu beharko lituzke printzipio politiko garrantzitsuenei buruzko erabakiak, eta, beraz, gai horiek epaileen esku uztean zapaldu egiten da demokrazia. Hau hala izanez gero, orduan Elyk gaitzetsi egiten du prozeduran oinarritzen den berrikuspen judizialaren teoria bakarra, konturatu gabe oinarritzat hartzen duen teoria, hain zuzen ere. Berrikuspen judizialari buruzko teoria onargarri bat nahi baldin badugu –Auzitegiari arrazagatik diskriminatzen duten legeak bertan behera uzteko baimena emango liokeen, nahiz eta oro har gizartearentzat onuragarriak izan–, ezin dugu esan Auzitegi Gorenak edukiari begiratu ere egin gabe arduratu behar duenik prozeduraz. Prozeduran oinarritzen den teoriaren bertsio onargarri bakarrak baldintza bat ezartzen du prozedura –Auzitegiak babestu beharrekoa– zuzena izan dadin: norbanakoek zein eskubide daukaten edo ez daukaten zehaztea. Beraz, ez nago Elyk bere teoria interpretatzen duen moduarekin ados. Elyk uste du bere teoriak baimena ematen diela epaileei moralitate politikoaren arloan edukiari buruzko erabakirik ez hartzeko. Baina teoriak dagoeneko erantzunak eman dituelako pentsatzen du hori. Edukiari buruzko erabakiak onartzen baldin badituzte bakarrik onartu ahal izango dute epaileek bere teoria.

Garrantzi handiagoko galdera batera iritsi gara. Elyren ustez, prozedurari begiratu-ko liokeen berrikuspen judizialaren teoria batek asko mugatuko luke berrikuspenaren eremua. Esate baterako, halako teoria batek Auzitegiari “desberdina izateko eskubidea” errespetaraztea oztopatzen diola esaten du³⁰. Nolanahi ere, arbitrario samarra dirudi baieztapen horrek; hobeto justifikatu beharko litzateke. Zergatik ote dira arrazagatik aurreiritziak legegintza prozesuan berdintasunez tratatzeari egiten zaizkion mehatxu bakarrak? Prozeduran zehar jende guztia berdinean tratatuko dela bermatu behar baldin badu Auzitegiak, ez al lituzke orduan antisorgailuak edo harreman homosexualak legez kanpokotzat jotzen dituzten legeak bertan behera utzi behar? Demagun justifikazio bakar bat daukatela lege hauek: antisorgailuak edo homosexualitatea ohitura onen aurkakoak direla gehiengoarentzat; edota gehiengoa antisorgailuak eta homosexualitatea debekatzearen alde dagoela; edo, gizarteak praktika horiek erabat gaitzesten dituela kontuan hartuz, epe luzera neurri hori hartzea dela onena. Onartezina baldin bada legediaren oinarria arrazagatik aurreiritzia izatea –horrela ez baitago jendea berdintasunez tratatzerik–, zergatik da onargarria eta berdintasunaren aurkakoa jendeak bizi beharko lukeen moduari buruz gehiengoak dauzkan konbikzioak kontuan hartzea?

Batzuen ustez, demokraziaren kalterako dira arrazan oinarritzen diren bereizketa juridiko guztiak, eta ez dago beste inolako azalpenik eman beharrik arrazan oinarrituriko diskriminazioa inkonstituzionala dela adierazteko. Halere, arbitrarioa dela-eta, Auzitegi Gorenak atzera bota duela dirudi. Eta Elyk ere bai³¹. Azken honek, beraz, azaldu egin beharko du zergatik den berdintasunaren aurkakoa erabaki politiko bat arrazagatik aurreiritzietan oinarritzea. Behin azalpen hori eman ostean sortzen den galdera da ea arrazarekin zerikusirik ez duten kasuei ere aplikatzen ote zaien; jendeak moralitate sexualari buruz daukan iritzian oinarritutako legediei ere ba ote dagokien.

29. Ikus DWORKIN, R. *Taking Rights Seriously*, 234-236, 275-277 orr. Ikus baita liburu honetako 17. atala, *Do We Have Right to Pornography?*, eta DWORKIN, R. *Social Science*.

30. ELY, J. “Democracy and the Right to be Different”, In: *New York University Law Review*, 56, 1981; 397, 399-405 orr.

31. Ikus *Fullilove v. Klutznick*, 448 US 448 (1980); *Regents of Univ. of Calif. v. Bakke*, 438 US 265 (1978); ELY, J. “The Constitutionality of Reverse Racial Discrimination”, In: *University of Chicago Law Review*, 41, 1974; 723, 727-741 orr.

Zeharka baizik ez du aztertzen Elyk gai hau, praktika homosexualak debekatzen dituen legediari buruzko idazki batean:

“Fede onaren arabera inmorala dena legezkankotzat jotzea ez da inkonstituzionala: neurri batean behintzat, horixe da arau zigortzaile gehienek egiten dutena —ezin dira nahasi biztanleria guztiari inmoraltzat jotzen den moduan jokatzeko galaraztea, eta gizartearekin bat ez datorren talde zehatz bati debekatzea. (...) Nire seme-alabei inmoraltzat jotzen dudana moduan ez portatzen erakusten badiet, eta hala portatuz gero zigortu egiten baditut, portatzen batzuk ekiditea lortuko dut. Paternalista izatea izango da nire bekatu guztia, baina ezin izango didate nire haurren interesak kontuan hartu ez izana edo mespretxatzea leporatu³²”.

Argudio hau, hala eta guztiz ere, ez da nahikoa. Ely oker dago homosexualen aurkako legedia homosexualen interesak kontuan hartu izanagatik sortu dela pentsatzean —eta, arrazoa eduki izan balu ere, ez luke beharrezkoa den bereizketa egiten lagunduko. Beltzak “dagokien lekuan” edo “beren parekoekin” hobeto daudenaren ideian oinarritu izan da askotan arrazagatiko diskriminazioa, eta batzuetan inolako asmo txarrik gabe gainera—. Halere, zuzen dabil homosexualen aurkako legeen justifikazioak ez dituela beren interesak mespretxatzen edo kontuan hartu gabe uzten esatean. Ohartzen da homosexualei egiten zaien kalteaz, baina garrantzitsuagoak iruditzen zaizkio praktika homosexualekin zerikusirik izan nahi ez dutenen edota homosexualen kultura eta bizimoduak mespretxatzen dituztenen interesak. Edonola ere, arrazan oinarrituz egiten den diskriminazioaren justifikazioa ez da beltzen interesekiko nahiz diskriminazioak sortzen dizkien kalteekiko entzungor. Konturatzen da kaltea egon badagoela, eta beltzekin elkar-tu nahi ez dutenen interesak, edota beltzak, beren kultura eta ohiturak behe mailakoak edo nazkagarriak iruditzen zaizkien interesak, gainjarri egiten direla. Bi justifikazioak antzekoak dira formalki, baina Elyren argudioak ez du azaltzen zergatik den bata demokraziarentzat kaltegarria eta bestea ez.

Prozedurari eta edukiari dagozkien gaien artean egiten duen bereizketak, gainera, ez digu gehiegi laguntzen. Zera galdetu behar dugu: zergatik den berdintasun printzipioaren aurkako legedia arrazagatiko aurreiritzian oinarritzea, eta gure azalpenak jendeak moralitate sexual pribatuari buruz dauzkan iritziei lege indarrik ez ematea esan nahi ote duen. Lerrootan zehar behin baino gehiagotan adierazi dut horixe dela azalpen onargarri bakarrak daukan ondorioa. Inkonstituzionala da arrazagatiko aurreiritzian oinarritutako legedia, baina ez arrazan oinarritzen diren bereizketak inmoralek izateagatik, baizik eta berdintasunaren aurkakoak direlako errespetua merezi duten jokoerak zeintzuk diren edota jendeak bizimoduak nolakoak izan beharko lukeen esanez hiritarren gehiengoaren iritzian oinarritzen diren legediak³³. Zuzen baldin banabil behintzat, askatasuna gehiengoari homosexualitatea gaitzesgarria iruditzen zaiolako murrizten denean, murriztapen horrek berdintasun printzipioa urratzen du, eta, beraz, bateraezina izango da hiritar guztiei zor zaien errespetuan oinarritutako ordezkartzaren teoriarekin. Horrek ez du esan nahi jokaera sexualari buruzko legedi batek ere egon behar ez duenik, zeren eta jendearen interes orokorretan oinarri daitezke bortxaketen aurkako legeak, konbikzio herrikoiekin loturarik ez duen justiziaren teoria baten bidez. Baina ez zait iruditzen ekintza homosexualak debekatzen dituzten legeak horrela justifika daitezkeenik.

Ez daukat eman dudana azalpena berraztertzen hasteko asmorik³⁴, baina Elyk nire argudioak baztertzen jarraitzen badu, eman dezala berdintasunari buruzko teoria hobe bat. Jendeak dauzkan eta ez dauzkan eskubideen adierazpen batean oinarritua egon beharko du. Beraz, arrazagatiko aurreiritziaren eta ohitura onei buruzko konbikzio herrikoien arteko desberdintasuna justifikatzen duen teoria bat sortzeko gai den arren, albertu egin beharko du bere aldarrikapen nagusia: berrikuspen judizialari buruzko teoria on batek ez du eskubide horiei buruz ezer esan beharrik.

32. ELY, J. Ikus 3. orri oina.

33. COHEN, M. *Ronald Dworkin and Contemporary Jurisprudence*, Totowa, N.J.: Rowman and Allanheld, 1984. Eta *Do We Have a Right to Pornography?*

34. Aldarrikapen hauek kritika batzuk jaso dituzte. Ikus, adibidez, HART, H.L.A. “Between Utility and Rights”, In: *Columbia Law Review*, 79, 1979; 79, 828, 838-846 orr., eta ELY, J. “Professor Dworkin’s External/Personal Preference Distinction”, In: *Duke Law Journal*, 5, 1983; 959. or.

Gehiago ere esango nuke. Nire erreparoa Elyk berrikuspen judizial desegokiari buruz ematen duen adibidera ere zabaltzen dira, hau da, *Roe versus Wade* prozesura³⁵. Kasu honetan, konplexuagoa da arazoa. Esaterako, zertan oinarritzen gara haurdunaldi-ko lehenengo hiru hilabeteetan abortua galarazteko? Medikuntzaren ikuspegitik faltsua den aukera baztertuta —ez baita amaren bizitzarako kaltegarria—, bi justifikazio nagusi besterik ez zaizkigu gelditzen. Lehenengoa gehiengoaren iritziz moralean oinarritzen da, iritziz horrek euskarriarik ba ote duen begiratu ere egin gabe. Gure teoriak ezin du horrela-ko justifikazioetan oinarritu, askatasuna murrizteak berdintasun printzipioa urratzen duela iruditzen baldin bazaigu. Bigarren justifikazioa, jaiogabearen interesean oinarritzen da. Jaiogabeak pertsonak badira, eta beren interesak legedi batean jasota badaude, bigarren aukera honek ez ditu pertsonen berdintasun eta ordezkaritza printzipioak urratuko. Baina Auzitegiak bere kabuz hartu behar du egoera larri eta frogaezin horri buruzko erabakia. Ezin du gizartearen esku utzi jaiogabeak pertsona ote diren erabakitzea, kasu horretan jendearen iritziz moralak hartu beharko bailirateke kontuan, eta hain zuzen ere horixe da gure teoriak debekatzen duena —arrazoi berberagatik, ezin dio gai hau legediari delegatu, edo legediak proposatzen dizkion erantzunak onartu—. Argi gera dadila ez naizela ez abortuaren alde ez aurka ari, eta ezta *Roe versus Wade* kasuko ebazpena egokia edo gaitzesgarria denik esaten ere. Esan nahi dudana gauza bakarra da arazoak konpontzeko ezin dugula besterik gabe “prozedura”, “demokrazia” edo “ordezkaritza” hitzetara jo.

Printzipioen eremua

Berrikuspen judiziala eta demokrazia berradiskidetzeko egindako ahaleginen leku-ko izan gara. Gauza bat bera frogatzeko xedea zuten ahalegin guztiek: berrikuspen judiziala egokia izan dadin, ez da beharrezkoa Auzitegi Gorenak edukiari buruzko arauak berak emandako arau berriei ordezkatzeko. Korrante baten esanetan, Auzitegiak, berrikuspen konstituzionala behar bezala egiteko, “Egileen asmoan” oinarritu behar du. Beste ildo batek, aldiz, esaten du printzipio demokratikoak urra ez daitezen, Auzitegiak prozesu demokratikoak kontrolatu behar dituela. Hala ere, kontraesanek beteta daude bi korronteok, erabakiak jendearen esku uztea sustatzen dutelako. Arauen edukiari buruzko erabakietatik aldendu nahian, azkenean horietara itzuli dira.

Berrikuspen judiziala egoterik nahi baldin badugu —ez baldin badugu *Marbury versus Madison* kasuko epaia hutsean gelditzerik nahi—, Auzitegi Gorenak erabaki politiko garrantzitsuak hartu behar dituela onartu beharko dugu. Erabiltzen dituen argudioak onak diren ala ez ikusi behar. Nire iritzian, Auzitegiak, estrategia politikoei buruzko erabakiak hartu beharrean, printzipioei buruzkoak hartu beharko lituzke —adibidez, ongizate orokorra lortzeko biderik egokiena zein den aztertu beharrean, gizabanakoek gure sistema konstituzionalean zein eskubide dauzkaten zehaztu—. Era berean, gobernuak ordezkaritza politikoen teoria aplikatuz hartu beharko lituzke erabaki hauek nire ustez. Teoria juridiko eta politikoei dagokie zuzen ote nabilen eta honek guztiak zer esan nahi duen adieraztea. Askok gustatuko litzaidake gai hauei buruz eztabaidatzen ikustea.

Damututa egon behar al dugu? Amorratzen egon behar al dugu, demokraziari buruz daukagun ikuspegiak aukeratua izan ez den auzitegi bat behartzen duelako moralitate politikoen inguruko erabakiak hartzera? Beharbada bai. Baina uste baino askoz ere konplexuagoa da kontua. Ez baldin badugu demokraziaren forma kanoniko bat dagoenik onartzen, bertan behera utzi beharko dugu berrikuspen judiziala, demokrazia kolokan jartzeagatik, ilegítimo denaren ideia ere. Horrek ez du esan nahi berrikuspen judiziala derrigorrean legítimo denik, baizik eta egoerak ezin direla etiketen bidez hain erraz konpondu. Beti gehiengoaren borondatea beteko dela adierazten al dute moralitate politikoko printzipiorik onenek? Erantzuna bere kasa dator. Hala ere, berrikuspen judizialaren moralitatearen azterketa sakon baten hasiera baino ez da hau.

35. 410 US 113 (1973).

Azterketa horrekin aurrera eginez, beti gogoan eduki beharko genuke instituzio honen printzipio eta jarduerari esker lortu duguna. Ez naiz Auzitegi Gorenak gure Zuzenbide eta ohituretan eragin dituen aldaketei buruz bakarrik ari. Gure Zuzenbidearen historia aztertzen duen edonork aurkituko ditu erabaki txalogarriak eta tamalgarriak. Berrikuspen judizialak bermatzen duena da moralitate politikoarekin lotutako gaiak, azkenean, printzipioak bailiran azaldu eta eztabaidatuko direla, eta ez gai politikoak bezala. Aldaketa horrek ezin du legediaren baitan gauzatu, ez behintzat bere osotasunean. Printzipio horrek bere garrantzia dauka, Auzitegiak hartzen dituen erabakiek baino handiagoa.

Berrikuspen judiziala gure bizitza politikoaren ezaugarri bat da, atzerrian inbidia sortu eta gero eta gehiago kopiatzen dugutena. Edonon aurki dezakegu, eztabaida politikoetan printzipioei buruz aritzera behartzen duelako; ez Auzitegia kasu zehatz bat aztertzen ari denean bakarrik, baizik eta baita epaia eman baino lehenago eta geroago ere. Eztabaida honek ez du derrigorrean oso sakona izan behar, ezta oso indartsua ere, baina baliagarria izango da. Azken hamarkadatan, arrazagatiko segregazioa legitimoa ote den eztabaidatzen aritu dira amerikarrak, eta printzipioen mailan behintzat ados jarzea lortu dute, lehenago ezinezkoa zirudiena. Eztabaida hori ez zatekeen horrelakoa izango Auzitegiak esku hartu izan ez balu, eta bere erabakiek hainbesteko sinbolismorik izan ez balute. Honi dagokionez, ez da beharrezkoa adostasuna lortzea ere. Agintari amerikarrak –Zuzenbide fakultateetan ibili direnak bereziki– ez datoz bat krimenen egileek jaso beharko luketen babes mailari dagokionez, eta ezta heriotza zigorrari dagokionez ere. Ez datoz bat arrazagatikoak ez diren diskriminazio irizpideen inguruan –sexua, adibidez–, diskriminazioaren aurkako ekintzetan –gutxiengoan aldeko kuotak, adibidez–, abortuaren inguruan, eta ezta hurrek hezkuntza publiko berdina jasotzeko daukaten eskubidearen inguruan ere –eskualde aberats edo behartsu batean bizi diren–. Baina agintari hauek oso sentiberak dira polemika hauen oinarrian dauden printzipio politiko eta moralen inguruan; are gehiago, heziketa gorena jaso duten agintari britainiarrak baino sentiberagoak direla esango nuke. Honekin ez dut esan nahi Auzitegia beren gidaria denik. Askok erabat gaitzesten dituzte Auzitegiak egindako zenbait adierazpen. Baina, kultura juridiko eta politiko hori egongo ez balitz, ez lirateke berrikuspen judizialeko printzipioekiko hain sentiberak izango. Eta, kultura hori gabe, ordezkatzten duten jendeak ez luke orain bezala irakurri, pentsatu eta eztabaidatuko; eta, agian, ezta bozkatuko ere.

Learned Hand-ek ohartarazi zigun ez genukeela epaile filosofoen esanetara egon behar, zenbaitetan epaile hauek gure filosofoak baino hobeak izan arren³⁶. Baina ohar hori hiperbole bat da, eta hala izaten jarraituko du. Egoera orekatu batean, Auzitegiak zeregin bat betetzen du gobernuan, nahiz eta inolaz ere ez zeregin nagusia. Unibertsitateetako Zuzenbide irakasleek ez lituzkete oreka honetan epaileei dagozkien erabaki politikoak mozarrotu beharko. Jatorrizko asmoaren mitoa zaintzeaz arduratzen diren unibertsitateetako kideek ez dute arropa desberdinak daramatzaten jakintsu platonikoek baino balio handiagoa. Berrikuspen judizialak eskaintzen dizkigun argudioei etekin hobe ateratzeko, hobe dugu lana agerian eta gogoz egin. Badugu arazoak botere politikoaren guda-zelaitik hartu eta printzipioen eremura eramaten dituen instituzio bat. Eta instituzio horrek zera agintzen digu: gizabanakoen eta gizartearen arteko gatazkarik sakon eta funtsezkoenak, azkenean, Justiziaren inguruko arazo bilakatuko direla. Nik horri ez diot profetia deitzen, ezta erlijioa ere. Zuzenbidea deitzen diot.

36. HAND, *The Bill of Rights*, Cambridge, Mass.: Harvard University Press, 1958; 73 or.